

CENTINELA
DOGMÁTICO-MORAL
 CON OPORTUNOS AVISOS
 AL CONFESOR, Y PENITENTE.
VIGILIAS APOSTÓLICAS,
 EN QUE DANIEL, Y MAXIMINO,
 Sacerdotes Misioneros, proponen, y resuelven
 algunas dudas, especialmente sobre el uso de
 las Opiniones,
TRATOS, Y CONTRATOS.
 SU AUTHOR

EL P. Fr. HERMENEGILDO VILAPLANA,
Predicador Apostólico del Colegio de la Santísima
Cruz de Querétaro Ex-Lector de Sagrada Theologia,
Calificador del Santo Oficio, Chronista General de todos
los Colegios de Menores Observantes de esta Nueva
España, y de la Scraptica Provincia de San Pedro, y
San Pablo de Michoacan, y Padre del de nuestra Señora
de Guadalupe de Zacatecas.

TOMO PRIMERO,
QUE DEDICAN LOS COLEGIOS
DE LA SANTÍSSIMA CRUZ DE QUERÉTARO,
Y DEL SR. S. FERNANDO DE MEXICO,
A D. ANTONIO DE LANZAGORTA,
Caballero del Orden de Calatrava en la Villa
de San Miguel el Grande.

Impresa en Mexico, en la Imprenta de la Bibliotheca Mexicana,
 en el Puente del Espiritu Santo. Año de 1767.



SEÑOR, Y BIENHECHOR

INSIGNE NUESTRO.



LAS grandes limosnas con que V. y su Noble Generosa Esposa la Señora Doña Maria Anna de Villegas, socorren diariamente à nuestros Apostolicos Seminarios, al passo que son à todos notarias, son el impulso que mueve nuestros religiosos animos, para expressar en este pequeño rasgo nuestra gratitud reverense. Del Limosnero dice Salomon en el capitulo 19 de los Proverbios, que obliga al mismo Dios en fuerza de un trato mutuo, segun el sentir de San Basilio, à que le guarde nobles correspondencias por el bien que hace à sus pobres. Y siendo nosotros los mas señalados en esta classe, en quienes la piedad de V. se acredita de magnifica, esperamos, que esta expression muy justa, por muchos titulos, sea de todos bien vista, y de V. bien acceptada. En cuyo supuesto, aunque es muy comun en los que dedican Libros, formar Arboles, referir Genealogias, deslindar Prosapias, ilustrar Proezas, notar Blazones, y ponderar Glorias de los Mecenas, à quienes dedican las Obras, nosotros nos desviaremos de esta maxima no obstante de ser muy christiana, aunque algunos la calificquen de lisonja. Nos contentaremos con insinuar, que á mas de ser V. un singular Limosnero para todos, es para nosotros un Bienhechor singularissimo: con lo qual ni à nosotros nos queda mas que decir, ni á otro alguno le queda mas que saber. Porque si discurrimos por la tierra, nos dirá el Señor San Gregorio Nacianceno, que no hay dicha, ni honor, ni

nobleza, ni felicidad, que no acompañe à la limosna: Misericordia foelicitatis comes. Despues de haver V. establecido no pocos monumentos de piedad, y de Religion perpetuando cultos Sagrados en los Templos de essa Villa, quiso beneficiar al publico, costeando de su caudal varias Compañias de Milicianos, saliendo personalmente con ellos à las inmediaciones del Puerto de la Vera Cruz, para defender en caso necesario à estos Reynos de las Armas enemigas. Llegò à noticia de nuestro Soberano Monarcha esta leal Generosidad de V. y aumentando lustres à su conocida Nobleza, y à los aciertos conque V. se ha manejado siempre en los Superiores Empleos politicos de essa Villa, la premio su Real animo haciendo gracia del Abito de Calatrava à V. y à su hijo el Sr. D. Francisco de Lanzagorta, y Lãndeta, que con su Esposa la Señora Doña Rosalia Gomez de Acosta son en todo honrosa emulacion de sus Generosos Padres. Servicio, que por obsequioso por tantos respectos merece perpetuarse para exemplo de la posteridad, hecho à la Real Magestad de la tierra en defensa de sus Dominios, y à la Divina Magestad de la tierra, y Cielo en beneficio de sus pobres, preciso era que obtuviera de contado multiplicadas remuneraciones. Y de aqui mismo, si levantamos el discurso para el Cielo, assegurandonos David, que el Limosnero, aun viviendo, se reputa ya por Bienaventurado en la presencia de Dios: Beatus qui intelligit super egenum & pauperem: Nadie estrañarà que V. no solo en la Villa de S. Miguel, sino tambien en varios Pueblos, Villas, y Ciudades, sea universalmente proclamado con los gloriosos renombres de piadoso, benefico, compassivo, charitati-

vo, y de Padre de los Pobres; nombre que dá la Iglesia al mismo Espíritu Santo: Veni Pater Pauperum. Mas porque tenemos bien sabido, que estas, y otras expressiones que callamos, aunque comunes, causan no poco rubor á la christiana modestia de V. tenemos por bien hacer punto en esta Carta Dedicatoria. Y asianzados en lo que el Angel dixo á Tobias en el capitulo 12. à vista de sus limosnas, quedamos pidiendo al Cielo multiplique las felicidades á V. y á toda su piadosa Casa, dilatando á V. la vida por muchos años con abundantes prosperidades, concediéndole, como esperamos, muchas bendiciones divinas, y finalmente la vida eterna.

B. L. M. de V.

Los Colegios de la Santissima Cruz,
y de San Fernando,

APRO-

APROBACION

DEL M. R. P. Fr. JOSEPH GARCIA, PREDICADOR APOSTOLICO, Examinador Synodal de este Arzobispado, Calificador del Santo Oficio de la Inquisicion, y segunda vez Guardian del Seminario de Propaganda Fide de San Fernando de esta Ciudad de Mexico.

Excmo. Sr.

Luego que ví el título de la Obra, que se sirvió remitirme la alta dignacion de V. Excia. para su censura, y examen, y el rotulo de su Author, estuve casi resuelto á dársle mi aprobacion, suponiendole todos los atributos de buena, antes de llegar á los escrutinios de examinada. Las Obras, Señor, y Escritos de los Heroes de la Sabiduria (entre los quales descuellan como Gigante nuestro Sapientísimo Author) tienen calidad, y son de condicion de luz, que en las entrañas de su mismo sér embeben su aprobacion. Siendo la mas real, y calificada prueba el nombre solo de su Author; *Nam satis Authoris dicere nomen erat.* (Jacob Pirich. in Petr. Apian.) Ni fuera esta la vez primera, que en obsequio de un plausible nombre se ha concedido este indulto; pues sabemos, que á otro famoso Escritor confirió Gregorio XIII. que sin mas aprobacion, que la de su acreditado nombre, pudiese imprimir sus libros, como refiere Luis de Babia, en su Historia Pontifical, part. 4. cap. 28. pag. 109.

Centinelas Dogmatico-Moral es el título del Libro; y su Author el M. R. P. Fr. Hermenegildo Vilaplana, famoso Misionero Apostolico, que despues de haver ilustrado las Cathedras en su floridísima Provincia de Valencia, que admiraba la delgada sutileza de su profundo juicio, y veneraba la alta elevacion de sus conceptos: salió á volar á este nuestro Emsphero. Y volò tan veloz, ya en las correrias, y carreras Apostolicas, discurriendo con infatigable zelo en brazos de su charidad, de Pueblo en Pueblo, y de Ciudad en Ciudad, desterrando vicios, plantando virtudes, y alumbrando á todos con clarísimos rayos de doctrinas, y exemplos; yá en lo Ascetico, yá en lo Historico, yá en lo Canonico-Moral, que llenò de admiracion el ambito de esta Nueva España, de què son abonados testigos los varios, y preciosos libros, que de estas materias ha dado á la prensa, con que le anticipa á lograr sus aplausos, donde no pudo llegar á resonar su voz, y apetecia su abrasado zelo.

Por todas las circunstancias referidas de autoridad, Sabiduria, virtud, zelo, y Prudencia, que adornan el esclarecido nombre de este famoso Heroe, hubiera hecho poco escrupulo en dár mi aprobacion á su Obra, antes de examinarla; porque no se retardarse, ni el corto tiempo, que era preciso para su registro. Pero le hubiera formado grande en privarme de su utilidad, pudiendo lograrla con mas antelacion; pues siempre discurrí hallarla grande, en Author de tanto peso. Con este conato, mas que con el de Aprobante (pues para este suponía los aciertos, de q̄ procuraba utilizarme con aquel) empecé á leer la Obra: y al vér la profunda penetracion, clara exposicion, y facil resolucion de las mas arduas, é intrincadas Questiones, que contienen las dificiles materias de los Actos humanos, y de los Contratos, el modo de resolver las dificultades, la puntualidad energetica, con que refiere las doctrinas, y la solidez con que establece en ellas, y en las decisiones, y Textos Canonicos (quando ocurre la ocasion) sus seguros opinamentos, con tal expedicion, y tan eficaz propiedad de razones, que sirven al mismo tiempo, para satisfaca-

ver las dificultades de unos, y rebatir los argumentos de otros: todo propio de una consumada pericia, qual le necessita para una perfecta critica en los Sabios: me pareció, que no debía formar otro juicio del Author, y su libro, que el que formò de otro muy semejante San Ambrosio; *Profers enim testimonia Justitiae, libra examinata, ut su gravitas in sensu, in sermone pondus, atque in verbis modus.* lib. 3. Offic.

En las dudas, que promueve sobre el uso licito de las opiniones, se explica algo mas su dorada eloquencia, por pedirlo allí la ocasion de la presente Hera. Pero con que solidez, y abundancia de convincentes razones Theologicas, y Canonicas funda sus resoluciones! Y con qué facilidad vuelta, y delata los nudos gordios (à su parecer) que los contrarios oponen! Y todo con tal discrecion, y prudencia, que parece compendio de ella, verificandose en su Obra lo que dixo el Blesense (Epist. 67.) de otra, que: *Prudentiae compendium in litteris continetur.* Lo que es mas laudable à vista de tantos, y tan indignos dictorios, como han bomitado los contrarios, y bomitan cada dia. Yo ruego à los que leyeren la materia, lo executen con ojos, y corazones puros, claros, y sencillos, desnudos de toda passion, y sin otro zelo, que el de averiguar la verdad, y veràn, que el Probabilismo no abre puerta à los pecados, sino que aates la cierra. Y por decirlo mejor, ni la cierra, ni la abre; sino que atendida las balanzas de la razon, en el fiel de la Justicia, dà lo que le pertenece, y lo que es tuyo a cada uno. Porquè ha de decir, que peca el que executa libremente lo que no le es prohibido? Y mas, diciendo San Pablo en el cap. 4. de la Epist. Ad Rom. que: *Ubi non est lex, neque pravaricatio.* Y en el 7. *Peccatum non cognovi, nisi per legem.* Y al siguiente verso: *Sine lege peccatum mortuum erat: sed cum venisset mandatum, peccatum revixit.* Luego mientras no hay ley, no hay prevaricacion: luego no hay pecado. Luego mientras no hay ley cierta, ciertamente posee la libertad, que es: *Facultas licite operandi quod vultis. Sed sic est,* que mientras hay opinion probable, que no hay tal ley, aunque sea menos probable, con tal, que sea ciertamente probable, es indubitable, que no hay ley cierta: luego es sin duda, que en tal caso, ciertamente posee la libertad. Luego en el caso, puede hacer licitamente, ò dejar de hacer lo q̄ quisiere. Porque el que se dà, ò no se dà ley, es cosa de hecho, y el hecho no se admite, sino se prueba. En tanto grado, que mientras uno no està cierto del mandato, no està obligado à hacer lo que le manda, como se dice en el cap. cum in Jure 31. de Offic. & potest. Jud. delegat. *Nisi de mandato certus extiteris, exequi non cogaris, quod mandatur.*

Es tan cierta esta doctrina, que los Juristas la asientan, como principio elemental, yà en lo Civil, yà en lo Criminal. Acaço me explicarè mejor en forma, con este Sylogismo: *Nemo potest legitima, & certa possessione privari, nisi ob rationem certam, sed homo in sua libertatis certa, & legitima possessione est, & ipsa per præceptum privatur: ergo non potest homo certa, & legitima libertatis possessione privari, nisi ob præceptum certum. Ergo quando præceptum est mere probabile, licet probabilius (tunc enim est incertum) manet in suo pristino vigore operandi libertas.* El Sylogismo es, à mi ver, concluyente, y cõforme en todo, à todo Derecho, Natural, Divino, Canonico, y Civil. Por este sentir cita Graciano 2. quæst. 1. cap. 1. à San Augustin, que en la homilia 50. de utilitate penitentiae, dice así: *Nos in quemquam sententiam ferre non possumus nisi aut convictum, aut confessum.* Y si tan convincentes, y manifestas pruebas require, ren los humanos Tribunales, y sus Juezes para condenar à uno à muerte, como no las pedirà, el que (el Tribunal) incomparablemente los excede en la benignidad, y en la piedad.

Véan pues, los Confessores, y Theologos, con quanta cautela deben proceder, para proferir contra el Penitente sententia de muerte eterna, ò de pecado

mortal. Por lo que, quando no hay ley cierta [como no la hay, quando acerca de ella hay opiniones, de una, y otra parte, probables] deben guardarle mucho de decir al Penitente, que peca en leguir esta, ó aquella. Antes estoy constante, y firme en el sentir de que debe defengañarle, y advertirle, que no peca en leguir qualquiera de ellas; porque mientras no hay ley cierta, ciertamente posee la libertad. Y de lo contrario, y mucho mas de decirle, que está obligado a leguir, y conformarse con la opinion mas probable, que favorece à la ley, que sucede? *In terminis*, lo que dice Santo Thomàs, Quodlib. 9. quæst. 7. art. 15. que pecan en lo que no pecarian, por el error en que los meten, los que les debian defengañar: *Quia error quo creditur esse peccatum mortale, quod non est peccatum mortale, ex conscientia ligat ad peccatum mortale.* Me he detenido en el Parentesis mas, que lo que pretendia.

Y volviendo à la centura del Libro, para cumplir con el honroso precepto de V. Exciã. digo, que ni contra los Catholicos Dogmas, sanas doctrinas, y buenas costumbres, ni contra las Reales Pragmaticas, y Regalias de su Magestad, se encuentra cosa en este Libro; antes le juzgo utilissimo para Confesores, y Penitentes; y que el Author merece nuestro agradecimiento. Pero la licencia, Señor, no se le debe conceder, sin que ofrezca primero, que este Libro solo ha de servir de entreteener con gusto las ansias, con que esperamos franquee à la estampa los demás, que promete en su Prologo. Porque aunque se consuman los moldes, y giman las prensas: nunca les fatigarà, como deseamos, para nuestro aprovechamiento, y de todo el Orbe Christiano. Este es mi sentir, V. Exciã. harà lo que fuere servido, que será lo mejor. En este Colegio Apostolico de San Fernando de Mexico, y Marzo 25. de 1767.

Excmò. Señor.

B. L. M. de V. Exciã. su mas atento Servidor,
y Capellan,

Fr Joseph Garcia.

Licencia del Superior Gobierno.

EL Excmò. Sr. D. Carlos Francisco de Croix, Marqués de Croix, Cavallero del Orden de Calatrava, Comendador de Molinos, y Laguna Rota en la misma Orden, Teniente General de los Exercitos de S. M. Virrey, Gobernador, y Capitan General del Reyno de Nueva España, &c. Concediò su licencia, para la impressiõ de este Libro, vista la Aprobacion del M. R. P. Fr. Joseph Garcia, Guardian de su Colegio de S. Fernando de Mexico, &c. Como consta por su Decreto de 26. de Febrero de 1767.

Rubricado de su Exciã.

Li-

PARECER

DEL Dr. D. JOSEPH ANTONIO DE LA VIA, ABOGADO de la Real Audiencia de estos Reynos. Revisor, Expurgador, y Comisario del Santo Oficio, Cura por su Magestad, Vicario, y Juez Eclesiastico de la Ciudad de Queretaro, y su Partido, &c.

Señor Gobernador, y Vicario General.

LA dignacion de V. S. por su Decreto de siete del que sigue, ha confiado á mi pequenez la Censura de los Quadernos, primera y segunda Parte, que con el titulo de *Centinela Dogmatico Moral*, pretende dár á luz publica el M. R. P. Fr. Hermenegildo Vilaplana, Lector de Sagrada Theologia, Calificador del Santo Oficio, Misionero Apostolico del Colegio de la Santa Cruz de esta Ciudad, su Chronista, y Padre del de Maria Santissima de Guadalupe en la de Zacatecas.

Y aunque contemplo el empeño superior á mis fuerzas, como lo es el honor de V. S. á la cordedad de mi merito: mas por tener el apreciable, á que aspiro, de sacrificarme á su obsequio, esforzandome lo posible, he leído con la atenta reflexion, que corresponde, esta Obra, en la que, á mas de no advertir cosa que desdiga, ni se oponga á la pureza de nuestra Santa Fè, buenas costumbres, Decretos Conciliares, y Leyes del Reyno, hallo no pocos motivos para su justo elogio: porque aun desde la primera de sus planas en el titulo de *Centinela*, que le dá su Author, comienza á manifestar el acierto, con que la escribió.

Dice la Esposa en los Cantares, que buscando á su Esposo por los Barrios, y Plazas de la Ciudad, la encontraron los Guardas, ó Centinelas. (A) Por estas entiendo el Eminentissimo Hugo los Predicadores, ó Pregoneros del Evangelio, que con su sollicitud, vigilancia, predicacion, y exemplo, velan, y guardan la Militante Iglesia (B) para defenderla de las asechanzas del Demonio, que siempre vela en nuestro daño, (C) en que ya se descubre el character de un Misionero Apostolico, (que así los veo yo en esta Ciudad por sus Barrios, y Plazas) y la propiedad, con que el Author, conforme á su Sagrado Instituto, le dá á su Obra el titulo de *Centinela*; en cuyas *Vigilias* admiro, que logró felizmente para las Materias Morales. que trara, la idea, que allá para referir las Historias, que abreviadas contiene el segundo de los Machabéos, se propuso, y siguió Judas Eseno, ó el que fue su Compilador. (D)

Este considerando la muchedumbre de Libros, y de Sucessos, que dificultaban su relacion, dispuso un Compendio, de manera, que á los Estudiosos les fuera

(A) *Per vicus, & Plateas quaesivi quem diligit anima mea :: Invenerunt me Vigiles, qui custodiunt Civitatem.* Cant. 3. n. 3. (B) *Vigiles, id est, Praedicatores, qui custodiunt á furibus Civitatem, id est, Ecclesiam, pia sollicitudine, exemplo sanctae conversationis, verbo salutiferæ prædicationis, in ejus custodiam excubantes.* Hugo hic. (C) *Furem esse ostendit Zabulum, ad detrahenda ex nobis spolia pervigilem.* D. Hilar. Comment. in Matth. cap. 26. (D) *Considerantes enim multitudinem librorum, & difficultatem volentibus aggredi narrationes Historiarum propter multitudinem verum, curavimus volentibus quidem levere, ut esset animi oblectatio: studiosis vero, ut facilius possint memoriae commendare: omnibus autem legentibus utilitas conferatur. Et nobis quidem ipsis, qui hoc opus brevianandi causa suscepimus, non facilem laborem, immò verò negotium plenum vigiliarum, & sudoris assumpsimus.* 2. Machab. c. 2. n. 25. 26. 27.

fuera fácil encomendarlo à la memoria, y à todos los q̄ lo leyeran, les resultara de-
licia, utilidad, y provecho: tomando para sí el Author no pequeño trabajo en un
negocio lleno de afanes, y desvelos: porque habiendo de leer muchos Volumenes,
y disponer con methodo, hermosura, claridad, y en pocas palabras, lo que se ha-
llaba estendido en muchísimas, à mas de ser obra de grande industria, y traba-
jo, supone un profundo ingenio, penetracion, y viveza no vulgares. (E)

Quanta sea esta dificultad en Materias Morales con lo mucho, que sobre
ellas se ha escrito: siendo tan natural en los hombres la facilidad de dissentir, (F)
y habiendo de hacer eleccion de opiniones, no por la muchedumbre de Autho-
res; (G) sino por el grave apoyo que tengan en la razon: (H) pezando, y contra-
pezando las que militan por una, y otra parte, como lo hace el M. R. P. Vilapla-
na, solo podrán concebirla por su experiencia los Literatos. Y siendo V. S. uno
de los mas distinguidos de esta Nobilissima Classe, no dudo hará de la Obra justa
estimacion, concediendo para su impressiõn la Licencia, que se le pide, necessita,
y merece en mi sentir, salvo el mejor. Queretaro, y Febrero 17. de 1767.

(E) *Magni enim laboris, & industriae est plurima legere, eaque omnia methodicè, concinnè, clarè, & planè paucis verbis constringere :: Paucis ergo multa complecti magni viri est, profundique ingenij, quod punctum veritatis multiplicis, uno mentis cernit, & stringit in istu.* Corn. in Lib. 2. Machab. c. 2. n. 27. (F) *Lege Item si unus.* §. *Principaliter.* ff. *de Receptis, qui arbitrium receperunt, &c.* (G) *Lege 1. §. Sed neque.* C. *de Veteri jure enucleando.* (H) *Argument. Text. in Cap. Capellanus de Ferijs.*

Sr. Gobernador, y Vicario General.

B. L. M. à V. S. su mas reverente Subdito,
y menor Capellan,

Dr. Joseph Antonio de la Via.

Licencia del Ordinario.

EL Sr. Lic. D. Dionisio de la Rocha Mazon, Abogado
de los Reales Consejos, Ordinario del Santo Oficio de
la Inquisicion de este Reyno, Juez Provisor, y Vicario Ge-
neral de este Arzobispado, &c. Concediõ su licencia para la
impressiõn de este Libro, visto el Parecer del Dr. D. Joseph
Antonio de la Via, Cura por su Magestad de la Ciudad de
Queretaro, y su Partido. Como consta de su Decreto de 6.
de Marzo de 1767.

Rubricado de su Señoria.ª

DIC-

DICTAMEN

DEL M. R. P. Fr. MIGUEL SEDEÑO DE FIGUEROA,
Lector Jubilado, Calificador del Santo Oficio, Ex-Distinguido, Ex-Ministro Provincial, y
Padre inmediato de la Seraphica Provincia de S. Pedro, y S. Pablo de Michoacan, &c.

M. R. F. N. Comissario General.

MAndame V. P. M. R. que mire, y examine el Tomo primero, que incluye la primera, y segunda Parte de la *Centinela Dogmatico-Moral*, para que despues de leído, exponga à V. P. M. R. el Juicio que he formado de dicha Obra. Y en verdad, que aunque V. P. M. R. en su superior Decreto no me dixera, que es produccion del R. P. Lr. Fr. Hermenegildo Vilaplana, ¿me lo diria su leccion: pues Obra tan lubtil, clara, y concisa, no puede tener otro origen, ni principio, que el ingenio, estudio, y aplicacion del R. P. Vilaplana: ni el R. P. Vilaplana sabe producir obras, que no sean de esta naturaleza, y circunstancias.

Quando este Sugeto no fuera tan conocido por sus Escritos en este nuevo Mundo, pudiera bastar esta sola obra para acreditarlo grande en todo el Orbe literario, porque alli como los rostros se miran en los espejos; assi en los libros se conocen los ingenios. (1) Por lo qual aunque al presente le viene muy proprio el Título de *Centinela*, juzgo que no le viene mal el de Espejo, en que se vé la prudente leccion, y eleccion del Author en las opiniones, y en los Autores mas magistrales. Espejo en que se trasluce la Christianidad de sus aciertos, lo solido de sus razones, lo fuerte de sus argumentos, y la felicidad, y facilidad en dissipar los contrarios. Y por ultimo es Espejo de multiplicacion, en que por lo tocante à los asuntos que trata, se hallan resumidas, y compendiadas las doctrinas de los mejores, y de los mas sanos Doctores. (2)

Remirandose à las luces de estos Espejos de la moralidad, ha formado qual otro Demosthenes su benigna *Centinela* nuestro Author, para serenar las conciencias, y no afligir con rigorosos escrupulos à las Almas. Persuadome à que entre las varias maximas, que alega para este fin, tuvo tambien presente al Sapientissimo Juan Gerson, que tanto persuade esta Christiana blandura, para que el rigor de las doctrinas no enlaze à las Almas tibias, flacas, y de poco espiritu. (3) Por lo tanto, y por no hallar cosa contraria à nuestra Santa Fè, buenas costumbres, y ser muy util, y provechoso este Libro, juzgo (salvo el mejor parecer) que es digno de la Imprenta, siendo del superior agrado de V. P. M. R. Su Convento de N. S. P. S. Francisco de Queretaro, y Enero 20. de 1767.

(1) *Ita mens patet in libro, sicut vultus in speculo.* Sidonius Apolin. (2) *Sunt quedam specula ex multis, minutisque composita, quibus si unum ostenderit hominem, populus apparet, unaquaque parte faciem suam exprimente.* Senec. Apud Bluteau. V. Espejo. tom. 3. Vocab. Portug. & Latin. (3) *Doctores Theologi non debent esse faciles ad asserendum aliquam actionem, vel omissionem, esse peccata mortalia. Imò nec venialia, praesertim sub verbo universalis, ubi non sunt certissimi de re. Nam per hujusmodi asserciones voluntarias, rigidas, duras, & nimis strictas in rebus universis, id est, in opinionibus, nequaquam eruantur homines à luto peccatorum, sed in aliud profundius, quia desperati, demerguntur.* Gerson lib. 4. part. 3. de Vita spirit. litter. O.

M. R. P. N. Comissario General

B. L. M. de V. P. M. R. su mas afecto Siervo, rendido Subdito, y reverente
Capellan que le venera,

Fr. Miguel Sedeño de Figueroa.

Licencia de la Orden.

FR. MANUEL DE NAXERA DE LA REGULAR
Observancia de N. S. P. S. Francisco, Lector Jubilado, Padre,
y Comissario General de estas Provincias de Nueva España,
Islas adyacentes, y Philipinas, y Siervo &c.

POR virtud de las presentes firmadas de mi mano, y nombre, selladas con el Sello mayor de nuestro Oficio, y refrendadas de nuestro Secretario General, concedemos nuestra bendicion, y licencia al R. P. Fr. Hermenegildo Vilaplana, Ex-Lector de Theologia, Qualificador del Santo Oficio, Chronista de nuestros Colegios Apostolicos de estos Reynos, è hijo del de la Santa Cruz de Queretaro, para que, por lo que à Nos toca, pueda dár à las prensas un Libro que ha compuesto, cuyo titulo es: *Centinela Dogmatico Moral: primer Tomo: atento à haver sido examinado, y aprobado, de orden nuestro, por el R. P. Fr. Miguel Sedeño de Figueroa, Lector Jubilado, Qualificador del Santo Oficio, Padre, y Ex Ministro Provincial de nuestra Provincia de San Pedro, y San Pablo de Michoacan. La qual Aprobacion mandamos se ponga con esta nuestra licencia al principio de dicho Libro, Servatis ceteris de jure servandis. Dadas en este nuestro Convento de N. S. P. S. Francisco de Mexico á siete de Febrero, de mil setecientos sesenta y siete años.*

Fr. Manuel de Naxera.
Comiss. General.

P. M. D. S. P. M. R.

Fr. Nicolas Tellez Giron.
Secret. General.

Reg. tit. hujus Collegij fol. 109,

PRO-

PROLOGO.

A Migo, y prudente Lector. Si hubieres leído la Bula *Ecclesie Catholicae*, que para gobierno de nueſtros Seminarios Apostolicos expidiò N. SS. P. Innocencio XI. à 16. de Octubre de 1686. no necesitas de que yo te diga, que en mí el escribir, y imprimir, no es arrogancia, ni animosidad, ni es arbitrio, ni es eleccion. En este supuesto, hubiera bambancado no poco mi insuficiencia, ò tal vez hubieran falseado mis deseos de obedecer, à no haver hallado grande apoyo en la auctoridad de muchos Sabios, assi de las Sagradas Religiones, como del V. Clero Secular, para afirmarme en una Maxima, que siempre la tuve yo por Regla Elemental de Moralistas. Esta se reduce en breve, à que en las Materias Morales importa mucho la claridad, dando por cierto lo cierto, y lo dudoso por dudoso, distinguiendo el precepto del consejo, ò lo que es ley, y obligacion, de lo que es decencia, y congruidad. De esto necesariamente se sigue, que el assegurar que hay precepto cierto, quando solo es opinativamente dudoso, es en muchos casos echar la Red en el mar de la humana fragilidad, y enlazar à las almas flacas, para que por conciencia erronea cometan algunas, ò muchas culpas, que nunca cometerian, si entendieran, que quando la verdad no es cierta, solo es verdadera la duda, y que el dudar no es saber, antes bien es ignorar. Siendo aquí conveniente el reflexionar, que la possession de la libertad prevalece à la del precepto; pues primero fue el hombre libre, y essempro de la obligacion del precepto, que obligado à su observancia, como se colige del Ecclesiastico cap. 15. à V. 14. donde dice: *Deus ab initio constituit hominem, & reliquit illum in manu consilij sui. Adjecit mandata, & precepta sua. Si volueris mandata servare conservabunt te.* Ni pide menos reflexion el saber, que al precepto, ò à la ley, ni se le puede quitar, ni se le puede añadir, segun aquella sentencia del Deuteronomio cap. 4. V. 2. *Non addetis ad verbum, quod vobis loquor, nec auferetis ex eo.*

Apenas respira el hombre sin penas en este miserable Mundo, ni casi tiene movimiento, sin que halle un peligro à cada

cada passo. Ello es, que el Mundo está lleno de peligros, unos leves, otros graves, unos remotos, otros proximos, unos naturales, otros morales, unos que ellos nos buscan, otros que nosotros buscamos. Oigamos al grande Pablo (2. Cor. cap. 11. V. 26.) *Periculis fluminum, periculis latronum, periculis ex genere, periculis ex Gentibus, periculis in civitate, periculis in solitudine, periculis in mari, periculis in falsis fratribus.* Aun lo dirè en menos palabras con el Evangelista S. Juan (Epist. 1. cap. 5. V. 19.) *Mundus totus in maligno positus est.* Y si tantos son los peligros, que por todas partes cercan à la fragilidad del hombre, parece dicta la razon, el dárle la mano para que no tropieze, y caiga, quando se puede liberrar de tropezar, y caer. Con mayor expresion lo dice el mismo San Pablo (ibidem V. 26.) *Quis infirmatur, & ego non infirmor? Quis scandalizatur, & ego non uror?* Pues si al Proximo ignorante, y fragil se le assegura que peca, y que es Reo del Infierno, por una accion, ò una omision, que muchos Sabios fundadamente no la tienen por pecado, y en que antes, tal vez procedia en buena fé, y sin pecar; esto no será darle la mano para mantenerlo firme, sino darle de mano aumentandole los peligros, para que se precipite, ò tal vez se desesperere. De esto tomaron el motivo no pocos Doctores para decir, que las opiniones benignas son por accidente mas seguras que las severas, atendiendo à la humana fragilidad. Y conspira à este mismo intento el Capitulo *Alligant*, que es el 12. *Causa 26. quest. 7.* donde se dice: *Cui grave pondus pœnitentiæ imponis, necesse est, ut aut pœnitentiam tuam rejiciat, aut suscipiens, dum sufferre non potest, scandalizatus amplius peccet.*

Sabido es quan dulce fue Moyse en su trato, quan apacible en su genio, y quan suave en sus palabras; pero ni la suavidad, ni la apacibilidad, ni la dulzura le impidieron el que Dios nuestro Señor lo estimara por grande Santo: (Eccli. cap. 43. V. 4.) *In fide, & lenitate ipsius Sanctum fecit illum:* ni tampoco fueron estorbo para que lo eligiese para enseñar la Ley Divina, y los Soberanos Preceptos à los Israélitas, y Descendiètes de Jacob: *Et dedit illi coram pœcepta, & legem vitæ, & disci-*

ciplinæ, docere Jacob testamentum suum, & judici sua Israel.

No por esto quiero decir, que se ha de abusar de las opiniones benignas; pues no todo lo que es licito es conveniente (Cor. 1. cap. 6. *ŷ. 12.*) *Omnia mihi licent, sed non omnia expediunt.* Lo que digo es, que usar generalmente de las opiniones rigidas, no como congruidad, y decencia, sino como rigoroso precepto, me parece que puede aumentar en los proximos los peligros de pecar, si cada uno no pudiere decir con el Santo Apostol (Cor. 2. cap. 12. *ŷ. 10.*) *Cum enim infirmior tunc potens sum.*

Sin embargo, si entre los Autores Probabilioristas huvieres leído al Ilmo. Araujo *de Statu Civili disp. 9. asser. 3. n. 12.* donde resuelve, q̄ en concurso de dos opiniones probables, debemos seguir la mas segura, quando constantemente, y notoriamente es, y se tiene por mas probable; y observares, q̄ lo mismo digo yo, quando notablemente es mas probable, te paracerá, que entre el Probabilismo, y Probabiliorismo, así entendidos, hay poca, ò ninguna distincion, conforme à lo que dice el Señor Santo Thomàs 2. 2. q. 29. art. 3. *ŷ. ad 2. Dissentire in aliquibus parvis, quasi non videtur esse dissensus.* Yo así lo he entendido siempre, reflexionando en la doctrina de muchos Probabilistas, y señaladamente en nuestros Escostitas Sabino, Mastro, Bordonio *in Propug.* y el Ilmo. Herincx *part. 2. disp. 4. quest. 3. per tot.* De suerte, que si se procura evitar la laxitud, y rigidez, creo, que por lo comun, todos convienen en lo mismo; y que la oposicion mas es nominal, que real; y si mi grande ignorancia no me engaña, y fuere voluntad de Dios nuestro Señor, lo dirè menos mal en otra ocasion. En este supuesto, si alguna de mis resoluciones no te pareciere suficientemente fundada, consulta à quien te pueda informar mejor que yo, assegurandote, que yo hiciera lo proprio.

En la Vigilia 4. desde la pagina 157. propongo, y resuelvo algunos casos entre los Dueños de los Obrages, y Sirvientes, segun el estado que tenian, quando los escribí, y se imprimieron. Pero despues de impresos, mandò publicar un Su-

Superior Decreto, muy prudente, muy justo, y muy arreglado à las Reales Cédulas de su Magestad (que Dios guarde) el Excmò. Sr. Marqués D. Carlos Francisco Croix, Virrey de esta Nueva España, en que manda con graves penas, que los Dueños de Obraje, y Mayordomos observen varias ordenanzas, que en èl se expresan: y con obedecer como se debe à este justo Superior mandato, rara, ò ninguna dificultad moral se podrá yà ofrecer sobre el expressado assunto. Concluyo diciendote, que omito por ahora varios Casos que tenia trabajados, para que acompañassen à estos, y si fuere voluntad de Dios nuestro Señor, tendrán en otra ocasion su lugar. Por lo que mira à los que al presente te ofresco, te suplico que disimules mis yerros; que suplas la falta de algunas letras, por lo cansado de los moldes; que corrijas si me equivoqué en algunas citas, que estos descuidos son faciles; y que te acuerdes en tus oraciones de mi.

VALE.

Fec de Erratas.

- Pag. 55. lin. ult. *mas probable.*— añade *y segura.*
Pag. 58. num. 6. lin. 15. 33. lee 35.
Pag. 63. lin. 6. *ea.* lee *horum.*
Ibid. lin. 7. *que.* lee *quia.*
Pag. 67. lin. 10. *restituir.* lee. *resarcir.*
Pag. 98. num. 7. lin. 5. *illo.* lee *ille.*
Pag. 99. lin. 16. *mibi.* lee *nihil.*

Otras no tan notables corregirà tu prudencia.

PAR.



PARTE PRIMERA.

De las utilidades de una buena Confession, Bondad, y Ciencia, que debe tener el Confessor. Trátase de la Prudencia, con que debe proceder con los Penitentes: y se proponen varios casos, sobre distintas materias, para mayor inteligencia del assunto.

VIGILIA I.

De las utilidades de la buena Confession.

Daniel. **T**eniendo presente, que los Confesores son Coadjutores de Christo nuestro Redemptor, y que el Ministerio del Confessionario es uno de los mas agradables, y acceptos á su Magestad Divina, segun he leído en algunos Doctores Mysticos, y Santos Padres; cada dia me reconozco con mayores impulsos de entregarme todo á un exercicio tan santo, y tan piadoso, en un País de tanta necesidad; pero reflexionando en lo que hablamos en algunas ocasiones, sobre las partidas, que debe tener un buen Confessor, he entrado en muchas dudas, y escrúpulos: y así quisiera, que tratèmos con mas espaciosa reflexion de esta materia.

Maximino. Ciertamente, si consultamos á la Sagrada Escritura, y Santos Padres, ni el pecador puede hacer obra mas util para sí, ni mas agradable á Dios, que el confesarse bien; ni el Confessor puede exercitar mejor la charidad, que debe tener con el proximo, como ayudandole, para que haga una buena Confession. Y por lo tanto, tendrè grande gusto de que tratèmos de este assunto, con quanto espacio nos permitan nuestras ocupaciones, como que es el empleo principal de nuestro Sagrado Instituto.

2

2 *D.* La Confesion bien hecha, esto es, con examen, dolor, proposito, integridad, y satisfaccion, perdona todos los pecados mortales, por graves, y enormes que sean?

M. No puede haver en esto duda alguna, y consta del Santo Concilio de Trento *sess. 6. cap. 14. y sess. 14. cap. 1.* Y asi se colige de varios lugares de la Sagrada Escritura, especialmente del *Psal. 31.* donde dice el penitente David: *Confitebor aduersum me in iustitiam meam Domino: & tu remissisti impietatem peccati mei.* Y San Juan, *Epist. 1. cap. 1.* dice: *Si confiteamur peccata nostra fidelis est, & iustus, ut remittat nobis peccata nostra, & emundet nos ab omni iniquitate.*

3 *D.* Y por la Confesion bien hecha, y con las referidas circunstancias, sobre las quales harè algunas preguntas en el segundo Tomo, para salir de varias dudas, se infunde tambien en el alma la gracia, con que el pecador se justifica, y queda amigo de Dios, y con derecho para la gloria?

M. Tampoco puede haver duda en esto; y consta del mismo Santo Concilio, *sess. 14. cap. 1. y cap. 2.* Lo mismo se colige de aquellas palabras del *Psal. 95. Confessio, & pulchritudo in conspectu ejus:* donde se vè, que la hermosura de la gracia, y la Confesion, vãn juntas: y del *Psal. 103. Confessionem, & decorem induisti.* Y fuera de esto, por muchos candados, con que el pecador con sus pecados haya cerrado las puertas del Cielo, las abre con una buena Confesion, segun se infiere del *Psal. 99. Introite portas ejus in Confessione.*

4 *D.* A los pecadores tristes, y llenos de confusion por sus pecados, què se les debe aconsejar, para que su tristeza tenga remedio.

M. Que hagan una buena Confesion de todos sus pecados mortales. Asi se deduce del *Psal. 41.* donde David se nos representa triste, turbado, pensativo, y melancolico: *Quare tristis es anima mea, & quare conturbas me?* Siguese ahora el remedio: *Spera in Deo, quoniam adhuc confitebor illi: salutare vultus mei, & Deus meus.* Aqui estàn, la paz del corazon, la quietud del animo, el sosiego del espiritu, y la alegria del semblante, que acompañan à la Confesion.

5 *D.*

5 D. Quando el pecador experimenta, que Dios está enojado con él por las infelicitades, y castigos que le embia, què le debèmos aconsejar, para que tu Magestad lo mire con misericordia?

M. Que haga una buena Confesion, como dicho es. Así se prueba del *Psal. 94. Præoccupemus faciem ejus in Confessione.* Lo mismo dice el Señor San Augustin, alegado por el Serafico Doctor San Buenaventura, tom 3. *Serm. 5. in dieb. Rogat. pag. 123.* por estas palabras: *Peccata tua, sive magna, sive parva sint, impunita esse non possunt, quia vel homine pœnitente, vel Deo vindicante plectuntur. Cessat autem Divina vindicta, si Confessio præcurrat humana.*

6 D. Segun lo dicho, bien podrèmos inferir, que la buena Confesion libra también al pecador de los males temporales.

M. Así lo dice el Señor San Buenaventura en el lugar citado, y lo prueba con aquellas palabras del Levitico, *cap. 26. Propter peccata Patrum suorum, & sua affligentur, donec confiteantur iniquitates suas.* Y prosigue el mismo Doctor Serafico: *Afflictis per infirmitates, & alias quascumque adversitates, semper consulendum est in principio, ut confiteantur sincere peccata sua.*

7 D. También podrèmos inferir de lo dicho, que la buena Confesion le sirve al Penitente de escudo, y de fuerte antemural, para hacer frente al Demonio, y librarse de sus ardides?

M. Así es, y lo colige el mismo Serafico Doctor de aquellas palabras del *Psal. 73. Ne tradas bestijs animas confitentes tibi.* Y el Señor San Vicente Ferrer, *in serm. unic. Dominic. fudica,* añade, que la buena Confesion borra los pecados de la memoria del Demonio. Y el mismo Demonio se lo confesò así al Beato Astion, *in vit. S. Epict. & Astionis.* Pero para qué nos detenèmos en un assunto, que à cada passo lo hallamos persuadido, y comprobado en la Sagrada Escritura, Concilios, Santos Padres, y Doctores? Fuera de que, siendo verosímil, que en lo de adelante se nos ofrecerán algunas incidencias, y se nos hará forzoso bolver à tratar de lo mismo, hagamos punto sobre

4

bre lo dicho, y tratèmos de otra materia.

8 D. El Confessor, que se ocupa en oír de confesión à los Penitentes, merece mucho para con Dios?

M. No pongo duda en que el Confessor, que así lo hiciere, despoja al Infierno, arroja al Demonio de las almas, extermina los pecados, abre las puertas del Cielo, llena las sillas vacantes del Empyreo, alegra à los Angeles, glorifica à la Santísima TRINIDAD, y se prepara para sí eterno premio, y corona eterna. Así lo dice el Señor San Carlos Borromeo: *In ejus vita lib. 8. cap. 13.* Y el Señor Santiago en su Canonica *cap. 5.* confirma lo dicho por esta sentencia, con la qual concluirèmos esta Vigilia: *Qui converti fecerit peccatorem ab errore viae suae salvabit animam ejus à morte, & operiet multitudinem peccatorum.*

VIGILIA 2.

Del Ministro del Sacramento de la Penitencia; y de las condiciones, q̄ debe tener, especialmente de la Bondad, con que debe estàr adornado.

1 D. A Sentada por verdad canonica, y de fè, que el legitimo Ministro del Sacramento de la Penitencia es solo el Sacerdote ritamente Ordenado, como consta del c. 20. del Evangelista San Juan, y del Santo Concilio de Trento en la *Ses. 14. c. 1. c. 6.* y *Can 10.* quisiera saber, qué condiciones se requieren en el Sacerdote, para administrar este Sacramento valida, y licitamente?

M. Como el Confessor sea un *Ministro idoneo, destinado para oír de Confession à los Fieles Penitentes, y reconciliarlos con Dios, mediante la absolucion Sacramental;* para lo valido de este Sacramento, solo se requiere Jurisdiccion Ordinaria, ò delegada, y intencion: ò poder, y querer. Porque si quiere, y no puede, no hará Sacramento; y si puede, y no quiere, tampoco lo hará. Pero para lo licito se requiere juntamente en el Ministro, Bondad, Ciencia, y Prudencia. Esto es, que el Ministro, ò Sacerdote, estè en gracia de Dios, que tenga una mediocrite, ò suficien-

5
ciente noticia de las Materias Morales; y que use de ella, y de los arbitrios, que sean oportunos en los casos particulares, que se le ofrezcan.

2 D. La Bondad del Confessor, ó Ministro, pertenece al valor del Sacramento?

M. No: Y consta del Concilio de Trento, *Seff. 7. Can. 12. de Sacram. in gen. y Seff. 14. Can. 10.* Y la razón Theologica es, porque los Sacramentos tienen su valor por los meritos de Christo, y no por los meritos del Ministro. Conque, supuesta en este la Bondad effencial, que consiste en la Jurisdiccion, aunque no tenga Bondad moral, ó esté en pecado mortal. hace verdadero Sacramento. Es contra los Donatistas, Albigenes, Uvaldenses, Luteranos, y otros Hereges.

3 D. Conque el Confessor, que está en pecado mortal, si no se confiesa antes de administrar el Santo Sacramento de la Penitencia, cometerá un sacrilegio?

M. Es comunissima sentencia de los Doctores Catholicos, así Theologos, como Canonistas, que no hay precepto Divino, ni Eclesiastico, que obligue á confesarse al que ha de administrar, ó recibir algun Sacramento, si este no fuere el de la Santissima Eucharistia, cuya disposicion para recibirla, debe ser la previa Confesion, en los que se reconocen con conciencia de pecado mortal, como tiene ordenado, ó declarado el Santo Concilio de Trento, *Seff. 13. cap. 7.* Y así se colige de la *Epist. 1. de San Pablo à los Corinthios, cap. 11. v. 28. Probet autem se ipsum homo: & sic de pane illo edat, & de calice bibat.* Todo lo dicho se entiende para recibir la SS. Eucharistia; pues para administrarla, se puede disponer el Ministro, que está en pecado mortal, por medio de la contricion, segun tienen por probabilissimo Diana, el Caspense, Dolz, y otros muchos. Y aun dicen otros, que el que administra la Eucharistia en pecado mortal, solo peca venialmente; porque este no hace Sacramento, sino que lo distribuye. Sobre lo qual se puede vér à Maestro, *in Moral. disp. 18. num. 73.* y à Sabino Bononienese, *tract. 41. quest. 45. pag. 18.* Pero este modo de opinar es contra una Re-

solu-

6

solucion Magistral de N. SS. P. Benedicto XIV. *de Sacrif. Mis. lib. 3. cap. 19. §. 2.* donde dice, que el que administra la Eucharistia en pecado mortal, peca mortalmente; pues hace á tan grande Sacramento grave irreverencia. Y aun añade con Santo Thomás, que el que pide la Eucharistia al que sabe, que está en pecado mortal, peca tambien mortalmente; pues coopera á su pecado: especialmente, si sabe, que es cismático, ó que está descomulgado. Más advierte Concina, *tom. 8. pag. 103. num. 4.* que quando no consta ciertamente lo contrario, el Ministro se debe presumir bueno. Y de esto infiere probablemente Ligorió, *lib. 6. tract. 1. cap. 4. dub. 2. num. 89.* que se puede pedir el Sacramento al Ministro, de quien se sabe, que poco antes pecó. Pues se ha de presumir, que se dispuso para ello, á lo menos, por medio de la contricion: y cita á Suarez, La Croix, Bonacina, Mazzota, Sporer, y otros. De todo lo qual, bolviendo al principal intento, sacamos por consecuencia, que el Confessor debe estar en gracia para administrar el Santo Sacramento de la Penitencia; pero si se pone en gracia por medio de la contricion, aunque no se confiese, no cometerá sacrilegio alguno.

4. *D.* Lo dicho se deberà entender, quando el Confessor no tiene con quien confesarse; pero si se puede confesar, parece que debe hacerlo, segun el Ritual Romano: *Tit. de ijs, quæ in administ. Sacram. observan. sunt.*

M. No tiene tal obligacion, aunque tenga con quien confesarse; pues el Ritual Romano lo que dice, es, que si el Sacerdote, que ha de administrar el Sacramento, tuviere conciencia de pecado mortal, y tuviere modo de confesarse, *conviene*, que se confiese. No dice, que *debe*; sino que *conviene*: y así podrá disponerse para ello, por medio de la contricion; pero hará muy bien si se confiesa, aunque no tenga tal obligacion.

5. *D.* Y si ciertamente conoce, que no puede tener contricion, se deberà confesar?

M. Respondo, que sí, si tiene con quien confesarse. Es comun con Cayetano, Suarez, Vazquez, y otros con Santo

Tho-

Thomàs, citados, y seguidos de Giribaldo, *Tract. 1. de Sacram. cap. 5. dub. 4. num. 15.*

6 *D.* Y si el Confessor se pone à oír alguna confesion, estando en pecado mortal, pensando, que en realidad de verdad tiene contricion de sus pecados, y no tiene tal contricion, en este caso cometerá sacrilegio?

M. Respondo, que no, pues aunque por la contricion existimada no se pone en gracia de Dios, con todo, basta ella, ò su buena fè, para que no cometa sacrilegios; pues la buena fè de que tiene contricion, lo escusa de ser irreverente al Sacramento.

7 *D.* Algunos Doctores dicen, que administrar algun Sacramento en pecado mortal, no es pecado mortal nuevo, aunque el que lo administra sea Ministro especialmente consagrado, y deputado para su administracion, como no intervenga escandalo, como seria, si estuviesse dicho Ministro publicamente amañebado, ò fuesse usurero, &c. Y assi me hace fuerza, que resuelva lo dicho con tanto escrupulo.

M. Assi lo dice Luis de San Juan, *quest. 5. de Sacram. in gen. art. 1. dub. 2.* y en la *quest. 8. de Pœnit. art. 4. dub. 1.* donde cita à otros. Y tambien Leandro, *Tract. 1. de Sacram. in gen. disp. 4. quest. 9.* la juzga por probable. Pero al fin dà por cierta la contraria opinion, atento à que muchos Doctores dicen, que la opinion, que dice, que no es pecado, es improbable, y temeraria. Y fuera de esto, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisicion la mandò borrar de la Summa de Geronymo Lamas, año de 1640.

8 *D.* De esto ya se hace cargo el otro Leandro de Murcia *tom. 2. lib. 5. disp. 2. resol. 3.* y dice, que lo que el Santo Oficio reprobó, fue el decir, que no comete pecado el Ministro, administrando en pecado mortal. Pero que esto se puede componer diciendo, que ciertamente peca, pero solo venialmente.

M. Assi lo dicen los citados Doctores; pero yo no sigo su doctrina, y dudo mucho de su probabilidad; pues fuera de que el Ministro en tal caso contamina el Sacramento, como dice

8

dice el Señor Santo Thomás, es perpetua tradicion de la Iglesia, y unanime consentimiento de los Santos Padres, que las cosas santas se han de tratar, y executar santamente. Y lo mismo se colige del Santo Concilio de Trento, *ses. 13. cap. 7.* Y por fin, el Ministro especialmente deputado, ó consagrado para hacer, ó administrar un Sacramento, si no está en gracia, hace irreverencia grave á Dios, y al Sacramento, contra la virtud de la Religion: y assi hace nuevo pecado de sacrilegio. Aun de el que administra el Sacramento, no siendo Ministro consagrado, y especialmente deputado para su administracion, dicen muchos, que peca mortalmente, si lo administra en pecado mortal, y de este sentir son Navarro, Poncio, Vazquez, Ledesma, y otros. Pero otros tienen por probable, que no peca mortalmente: y assi dicen, que el Lego, que bautiza en caso de necesidad, no peca mortalmente, aunque no esté en gracia. Assi Sanchez, Filiucio, Layman, Soto, Bonacina, Leandro, Diana, y otros, que cita Giribaldo de *Matrim. cap. 3. dub. 8. n. 62.* Por esta misma razon, dicen tambien probablemente, que no pecan los que contraén Marrimonio en pecado mortal, en quanto hacen Sacramento, porque no son Ministros especialmente deputados para ello; pero pecan en quanto lo reciben. Assi el citado Giribaldo, *ubi sup. y tr. 1. de Sacram. cap. 5. dub. 4. n. 19.*

9 **D.** Conque si un Confessor tuviere conciencia de pecado mortal, y no poniendose en gracia de Dios por medio de la Confesion, ó contricion, se sienta en el Confesionario, y oye de Confesion, y absuelve á veinte Penitentes seguidamente, cometerá veinte sacrilegios?

M. Es muy probable, que sí, ó que cometerá tantos sacrilegios, quantas absoluciones dá; pues hace tantos Sacramentos, sin que uno tenga conexion phisica, ni moral con el otro, como que son juicios Sacramentales distintos, en sentir de muchos Doctores. No obstante, otros tienen tambien por probable, que en este caso el Confessor solo comete un sacrilegio, fundados en que es un solo, ó unico exercicio del Ministerio, accion de su naturaleza comun á quantos quieran llegar à con-

feñirse y así lo sienten nuestro *Marchant tom. 3. rr. 3. tit. 4. quæst. 2. concl. 2. reg. 2.* *Reiffenstuel in Sum. rr. 14. dist. 1. num. 53* *Fagundez de 2. Præcept. Eccl. lib. 3. cap. 5. num. 9.* y otros.

10 *D.* Y si el Confessor confiesa en caso de necesidad, como à un enfermo, que le està muriendo, harà sacrilegio, aunque no se ponga en gracia de Dios, por medio de la contrición?

M. Si las angustias del tiempo son tales, que no den lugar à ello, respondo, que no: porque el precepto de la charidad, que obliga à subvenir, y socorrer al proximo, prepondera à la virtud de la Religión, que obliga à tratar santamente al Sacramento.

11 *D.* El Sacramento no se puede tratar con irreverencia, aunque haya necesidad.

M. En tal caso no hay tal irreverencia; pues por razon de la necesidad dexa de haverla. Ni en caso de necesidad el Ministro administra como Ministro de oficio, sino como quien remedia la necesidad de su proximo. Así muchos Theologos con Santo Thomás *in 3. part. quæst. 64. art. 6. ad 3.* Bosio,

Reiffenstuel, Cayetano, y Diana, seguidos de Sabino, *rr.*

41 *num. 56. pag. 15.*

VIGILIA 3.

De la Ciencia, que debe tener el Confessor.

1 *D.* ES necesario, que el Confessor tenga Ciencia?

M. Respondo, que sí; y que debe saber su obligacion por todos Derechos, así por el Natural, como por el Divino, y Eclesiastico. Pues fuera de que la misma luz natural dicta, que cada uno està obligado à saber lo necesario, para cumplir con su obligacion, en el Orden, Grado, Oficio, ó Ministerio, en que se exercita; es constante, que los Sagrados Canones, y la Sagrada Escritura, condenan la ignorancia, no solo en los Confesores, sino en todos los Sacerdotes. Consta del Decreto

10

de Graciano *part. i. dist. 37. c. 15.* donde se dice: *Imperitia debet semper esse adversa Sacerdotibus ::: Elaborandum itaque est Sacerdotibus, ut ignorantiam, quæ mater cunctorum errorum est, quasi quamdam pestem abjiciant.* Y en *Osseas, cap. 4. v. 6.* se dice: *Quia tu scientiam repulisti, repellam te, ne Sacerdotio fungaris mihi.* Y en otras muchas partes, así del Derecho, como de la Sagrada Escritura, se dice lo propio.

2. *D.* La absolucion, que dá el Confessor ignorante, es válida?

M. Ricardo, Cayerano, Vazquez, y otros, tuvieron por probable, que es inválida, y que la confesion hecha con un Confessor ignorante, es nula; porque para un acto judicial, como lo es la Confesion Sacramental, se requiere conocimiento de la causa, y el Confessor ignorante no tiene tal conocimiento; y por consecuencia, la confesion hecha con él, es nula; y la absolucion que dá, es inválida. Pero respondo ser muy cierto, que absuelve válidamente al Penitente bien dispuesto, con tal que sepa la materia, y forma del Sacramento de la Penitencia. Esto es, que conozca, que el Penitente es pecador; y que sepa proferir estas palabras: *Ego te absolvo à peccatis tuis, &c.* Y es la razon, porque en este caso, hay materia, hay forma, hay intencion del Ministro, y hay Sujeto capaz; y por consecuencia, hay Sacramento válido. Así con otros muchos *Sabino Bononienſe rr. 66. num. 18. Giribaldo rr. 7. cap. 17. dub. 2. à n. 10.* donde advierte, que si el Penitente busca de industria un Confessor ignorante, que no conozca el mal estado de su conciencia, ò la gravedad de sus pecados, la Confesion será nula, y inválida, por defecto, y malicia del Penitente; y lo mismo sucederá; si conociendo el Penitente, quando actualmente se confiesa, que el Confessor tiene la sobredicha ignorancia, con todo prosigue la Confesion; pues en este caso, el Penitente peca mortalmente; y por consiguiente, hace la Confesion nula, y nula. Si ya no es, que el Penitente sea Varca Sabio, y docto, y supla la ignorancia del Confessor, instruyéndolo, y declarándole la gravedad, y malicia de sus culpas; pues en

11

en este caso, la Confesion, será válida, si el Penitente está dispuesto, como dice nuestro Marchant, Antonio del Espíritu Santo, y otros, á quienes citan, y siguen los citados Sabino *num.* 19. y Giribaldo *num.* 11.

3 *D.* Pues el Penitente, que vive en un lugar corto, donde solo se halla un Confessor, y tiene por las experiencias hecho distamen, que es ignorante, como se compondrá para cumplir con el precepto de la Confesion?

M. Respondo, que el Penitente no debe facilmente persuadirse, á que el Confessor es ignorante; pero en caso de necesidad, licito es á qualquiera Penitente confessarse con el Confessor, que hallare; pues entonces hace lo que puede, para buscar su remedio. Y aun dice el citado Giribaldo con otros muchos, que los Prelados licitamente destinan, para algunos lugares cortos á los Confessores menos doctos, quando no puedē hallar á otros mas doctos, que cumplan con el Ministerio; pues mas vale echar mano de un Confessor menos docto, que dexar del todo á los Fieles sin remedio; pero en tal caso, debē el Prelado amonestar al Confessor de su impericia, y exhortarlo á que estudie, y procure saber su obligacion. De lo dicho podremos inferir quanta es la abligacion, que tiene un Confessor, de dedicarse al estudio de las Materias Morales.

4 *D.* Segun la cuenta, el Confessor, que conociendo, que es un ignorante, se exercita en oir confesiones, está en continuo pecado mortal.

M. No pongo duda en ello, por lo que queda dicho. Si ya no es, que exercitasse el Ministerio en caso de necesidad; aunque en declarar qual deba ser esta, no convienen los Doctores Algunos dicen, que para que se verifique dicha necesidad, basta, que el lugar sea corto, como poco antes dixē, y no haver en él otro Confessor mas docto. Vease tambien á Ligorio *lib.* 6. *tr.* 4. *cap.* 2. *dub.* 6. *num.* 628. *pag.* 243.

5 *D.* Segun lo dicho, el Penitente, que elige á un Confessor ignorante, peca mortalmente, pudiendo elegir á otro, que sea mas docto?

12

M. Tampoco pongo duda en ello; pues indirectamente, á lo menos, induce al Confessor á que peque, suponiendo, como suponemos, que tiene conocimiento de su ignorancia. Pero si lo hiciere con necesidad, entonces no peca, si está bien dispuesto; pues en tal caso usa de su derecho. Vease á Sabino *num.* 13. y á Ligorio *num.* 628.

6 *D.* Y si el Penitente, aunque conosca, que el Confessor es ignorante, se confiesa con él, sin malicia alguna, y con buena fe de que no peca, pecará en este caso?

M. Respondo, que no; pues su sencillez, y buena fe, lo excusa de culpa, como está bien dispuesto. Así el citado Sabino *num.* 16.

7 *D.* Qué ciencia se requiere en el Confessor para que confiese licitamente?

M. Todos los Doctores convienen, en que la ciencia del Confessor debe ser proporcionada á la calidad de las conciencias de los Penitentes. De aqui inferen, que mas Ciencia se requiere para confesar en las Villas, y Ciudades, que para confesar en los Pueblos, y en las Aldeas: mas para confesar Mercaderes, que para confesar Gañanes: mas para confesar Religiosas, que para confesar Seglaras: y así de otros; pues no se puede dar sobre esta pregunta regla fixa. Pero todos convienen tambien, en que á lo menos, debe tener Ciencia suficiente, ó mediocre de Hecho, y Derecho, segun las circunstancias de los Penitentes, cuyas conciencias maneja, como mas abundantemente se puede vér en Ligorio *lib.* 6. *tr.* 4. *cap.* 2. *dub.* 6. á *num.* 627. Castro Palao *tr.* 23 *disp.* *unic.* *punt.* 16. *n.* 4. Bibenstuber *tr.* 8. *part.* 6. *disp.* 6. *art.* 6. *num.* 8. Holzmann *tr.* 4. *cap.* 4. *art.* 1. *num.* 728. Gribaldo *tr.* 7. *cap.* 17. *dub.* 2. á *num.* 7. Ferraris *ŷ Confessarius num.* 51. y otros muchos.

8 *D.* Qué diferencia hay entre la Ciencia de Hecho, y de Derecho?

M. Se distinguen, en que la ciencia de Derecho mira las cosas universalmente, y la de Hecho las mira en particular. De suerte, que la primera es especulativa, porque especula las

Le-

Leyes, y las Doctrinas: la segunda es practica, porque considera las Doctrinas, y las Leyes, usando de ellas con prudencia, en los casos particulares, que ocurren.

9 D. Qué es lo que debe saber el Confessor para tener una mediocre, ó suficiente ciencia, de Hecho, y de Derecho?

M. No convienen los Doctores en este punto; pero como el Confessor es Juez, es Medico, y es Doctor, y debe cumplir bien con estos tres officios, la misma luz natural dicta, que debe tener ciencia suficiente para cumplir con ellos con acierto, y discrecion, y no proceder á bulto, y á ojos cerrados. En esta atencion, debe saber, qual sea la materia remota, assi necessaria, como suficiente, y libre, del Sacramento de la Penitencia. Debe saber, qué pecados son de su naturaleza mortales, ó veniales. Debe saber la especie, numero, y circunstancias de los pecados, especialmente, las que mudan de especie. Debe saber la materia, ó *quasi materia proxima*, esto es, la disposicion, que se requiere en los Penitentes, como parte esencial, ó integral, ó requisito de este Sacramento. Debe saber las consecuencias de algunos pecados, los quales tienen anexa obligacion de restituir, ó de reparar el daño hecho, &c. Debe saber hasta donde se estiende su jurisdiccions; no sea que pretenda absolver algun pecado, que no puede, ó por estar reservado, ó porque respecto de él, se debe juzgar como si no estuviera aprobado. Debe saber los pecados, que tienen anexa alguna censura, ó irregularidad. Debe saber, qué cosa es ocasion proxima, y quando tiene el Penitente obligacion de dexarla. Debe saber, quando debe absolver al Penitente, y quando debe diferirle, ó negarle la absolucion. Y segun muchos, debe saber tambien los impedimentos del Matrimonio, las obligaciones de los Casados, y las que tienen los de otros estados. Todo lo qual se puede ver en el citado Giribaldo *cap. 17. dub. 2 per tot.* Ligorio *cit. cap. 2. dub. 6. num. 627.* y mas terminantemente en Holzman *cit. rr. 4. cap. 4. art. 1. num. 724.* y otros muchos, que citan estos.

10 D. Aun no entiendo bien quando podrá juzgar un
COA-

14

Confessor, que tiene ciencia suficiente, ò mediocre de todo lo dicho.

M. Podrá hacer esta prudente conjetura, quando, aunque no lo sepa magistralmente, lo sabe de modo, que en la practica acierte à resolver los casos faciles, y ordinarios; y juntamente sabe dudar de los que son extraordinarios, y raros: para lo qual, el citado Holzman en el num. 729. dice con Stoz lib. 2. num. 16. y Michel fol. 533. num. 6. que basta, que esté versado en una Summa cabal de algun Doctor Catholico. Pero el citado Ligorio num. 628. parece que no se satisface con esta noticia. Mas oigamos para este punto al Sr. S. Antonino de Florencia part. 3. tit. 17. cap. 16. ab init. el qual dice: *Hæc scientia etsi non sit major, tanta tamen debet esse, ut sciat discernere inter peccatum, & peccatum, & inter veniale, & mortale. Et si in aliquo esset dubitatio, sciat dubitare, ut possit recurrere ad peritiores.* Y prosigue alegando, y refiriendo varias sentencias del Señor Santo Thomàs, S. Alberto, Durando, y Pedro de Palude.

11 **D.** Si el Confessor conoce, que no tiene ciencia suficiente para resolver los casos comunes, ordinarios, y faciles, y con todo confessa, y no estudia, pecará mortalmente?

M. Pecará sin duda, por lo que yà queda dicho; pues procederá contra su conciencia, contra el proximo, y contra el Sacramento de la Penitencia, exponiendose à un continuo peligro de incurrir en muchos yerros, y absurdos. Vease à Ferraris *ŷ. Confessarius num. 52. & sequent.*

12 **D.** Y si el tal Confessor està aprobado, y tiene letras Patentes de los Superiores, para confessar, con todo pecará mortalmente?

M. Yo no hablo en el caso, que los Superiores juzgan prudentemente, que el Confessor es apto para el Ministerio; sino quando el Confessor conoce, que no tiene la ciencia, que necessita, y por otra parte no se ve necesitado, ò forzado, con mandato de su Prelado, à exercitar el Ministerio. Mas claro: hablo en el caso, que el Confessor, despues de ser aprobado, dió del todo de mano à los libros: y cier-

ta-

tamente, que si así lo hiciere, ni la aprobación antecedente, ni las Patentes, lo harán Moralista, ni le darán la ciencia, que necesita, para cumplir con su Ministerio. La doctrina común de los Doctores es, que el Confessor imperito, indocto, ó ignorante, que no quiere estudiar, y permanece en querer confesar, no puede ser absuelto. El Medico, ó el Abogado ignorante, sin duda está en mala conciencia, si exercita su oficio; aunque el Magistrado lo huviere antes tenido por apto. Vease Holzman *cap. 4. art. 1. num. 723.* Sabino *trat. 66. num. 36.* Ferraris *ubi sup.* con Sporer *tom. 2. num. 786.*

13 D. He entrado en mucho escrupulo por lo que me dice, mayormente, en un tiempo, en que por la multiplicidad de Bulas, Decretos, y Opiniones, apenas hay Segeto Moralista: pues aun los que están tenidos por tales, tienen à cada passo insuperables dudas.

M. Pues si los Sugetos dados al estudio tienen à cada passo tantas dudas, que será de los que así que consiguen la Aprobación, y Patentes, ya no miran un Libro? Y que diremos de los que nunca han manejado sino una Summa antigua, habiendo tantas Leyes positivas nuevas? Vease sobre esto à Ligorio citado en el *num. 628.*

14 D. Y si no obstante, que el Confessor se aplique al estudio, le ocurre algun caso difícil, que no sabe resolverlo de prompto, que deberá hacer en tal caso?

M. Pedir tiempo al Penitente, citandolo para otro dia, y entre tanto mirar Autores, ó preguntar à otros mas doctos; pero de modo, que ni por el caso, ni por la circunstancia, se pueda venir en conocimiento del Penitente. Y dado caso, que toda la dificultad esté de parte de algun consejo, que el Penitente necesita, ó para restituir, ó para proseguir en un contrato, ó para otro semejante assumpto, puede absolver al Penitente, y mandarle, que consulte à otro sobre el assumpto, que lo pueda instruir mejor de su obligación; previniendole, que la Confesion no es menester repetirla, pues ya está absuelto. Así Angelo, Silvestro, Navarro, Bo-

16

nacina, Layman, y otros, que sigue Bertaú *trat. 2. cap. 1. de Scient. Confes.* y Sabino Bononiente *tr. 66. quest. 27. num. 37. pag. 207. y 208.*

15 **D.** Pues no será mejor en este caso embiarlo á otro Confessor mas docto, y que se confiese con èi?

M. Si el Penitente yà huviere comenzado su confesion, y esta fuere de pecados mortales, y estuviere bien dispuesto, tiene yà derecho á ser absuelto: y así lo debe absolver, y no embiarlo á otro; pues esto fuera obligarlo á que confesàsse su pecado dos veces. Debe pues, absolverlo, y quando sea menester embiarlo á otro mas docto, para que consulte su obligacion, como dicho es, no es menester, que consulte el caso como suyo; pues para saber su obligacion, puede consultar el caso en comun, ó como ageno.

16 **D.** Pongamos un caso practico para entender esto mejor.

M. Se confiesa Pedro de un adulterio, y de un trato usurario, y està arrepentido, y bien dispuesto; pero duda lo que debe restituir, y el Confessor no sabe resolver su duda. En este caso, lo debe absolver de sus pecados, y no obligarlo á que confiese con otro su adulterio, y usura; sino solo á que consulte con un docto, que es lo que debe restituir; y hacer la restitucion, como si fuera mandada por el mismo Confessor, que lo confesò, y absolviò.

VIGILIA 4.

Se comienza à tratar de la Prudencia del Confessor; y se examina si se debe conformar con la opinion probable del Penitente.

1 **D.** **C**ON lo dicho en la passada Vigilia, me he desvelado mucho: y así dígame resolutivamente su sentir, sobre qual, y quanta ciencia debe tener un Confessor, para exercitar su Ministerio en buena conciencia?

M. Valgame Dios, y què porfia tan molesta! Si yo huviera de decir mi dictamen, tal qual pueda ser, solo me pu-

podiera explicar, à mi modo, exponiendo algunos reparos, que se me ofrecen, para escrupulizar en el mismo asunto. Mas de una vez, allà à mis solas, me he puesto à discurrir de esta manera. Siempre que se trata de la honestidad, ò licitud de una accion, ò de la existencia, ò no existencia, de alguna ley, ò precepto, debe el Confessor seguir la opinion verdaderamente probable del Penitente, aunque el Confessor tenga la contraria por mas probable, y mas segura. Es así muy verosimilmente, que al Confessor, que se exercita en el Ministerio del Confesionario, ocurran los Penitentes, en poco tiempo, con innumerables casos de esta naturaleza, y lo enseña bastantemente la experiencia: luego el Confessor debe tener tal noticia de la facultad Moral, que à lo menos, sepa dudar casi en todos los casos de este calibre.

2 D. Pues no pudieramos decir à este reparo, que el Confessor no està obligado à seguir la opinion probable del Penitente?

M. Así lo dicen algunos graves, y insignes Doctores, fundados en que el Confessor es Juez, y por lo tanto el Penitente es el que debe estàr à la opinion del Confessor; y de lo contrario, se debe tener por indispuerto para la absolucion. Pero los de la contraria opinion, à quienes yo sigo, como Suarez, Soto, Azor, los Salmaticenses, Roncaglia, Castro Palao, La-Croix, Sporer, Viva, Layman, Vazquez, Medina, Sanchez, Salas, Polanco, Pontás, Victoria, Sylvio, Cabassusio, el Caspense, Diana, à quienes citan, y siguen Torrecilla, *in Sum. tom. 1. trat. 1. disp. 4. cap. 7. num. 22.* Ligorio *lib. 6. tr. 4. cap. 2. dub. 5. à num. 604.* Holzman *tr. 4. cap. 4. art. 3. num. 740.* Giribaldo *tr. 7. cap. 17. dub. 6. num. 32.* Bofsio *part. 1. moral. tit. 1. §. 23. num. 225.* con S. Antonino de Florencia, S. Raymundo, el Cardenal Toledo, Villalobos, Leandro, Bonacina, y Navarro, dicen, que el Confessor no es Juez de opiniones, y controversias, sino de la disposicion, ò indisposicion del Penitente: y el Penitente, que siguiendo opinion verdaderamente probable, tiene su accion por honesta,

ta, y licita, obra licita, y seguramente; y por consiguiente, está dispuesto para la absolucion, y debe ser absuelto.

3^o D. Lo dicho será lo mas comun, y lo mas cierto entre los Doctores, quando el Confessor debe oír confesiones por razon de su oficio, y de justicia, como el Parrocho, y sus The-nientes; pero no quando las oye por sola la charidad, ô por otro titulo, que no sea de justicia.

M. Así lo dicen otros Doctores, y convienen en esta distincion algunos de los arriba citados; pero la mas comun opinion, y la que yo sigo es, que todo Confessor, ô bien confiese por justicia, ô bien por charidad, debe conformarse con la opinion verdaderamente probable del Penitente. Y es la razon, porque el Penitente, que yá se confesò, tiene derecho á ser absuelto, si está bien dispuesto, y el Confessor está obligado á absolverlo bajo de pecado mortal; pues de lo contrario, lo obligaria á confessar sus pecados dos veces, con grave injuria, y considerable gravamen. Es así, que el Penitente, que en lo licito, ô ilícito de la accion, sigue opinion verdaderamente probable, obra licitamente, y por consequencia, está dispuesto para ser absuelto: luego debe el Confessor absolverlo. Vease á Giribaldo citado desde el *num.* 33. donde cita, y alega por su parte á Leandro, Averfa, Paludano, Soto, Navarro, Victoria, Medina, Bonacina, Diana, Toledo, y á Bossio: y estiende esta resolucion con Bressero, y Antonio del Espiritu Santo, aun en el caso, que el Confessor juzgue la opinion del Penitente, no solo menos probable, sino por especulativamente improbable, y falsa; si no constasse de su falsedad, ô por evidencia de razones, ô por declaracion de la Santa Iglesia: si la opinion, que el Penitente sigue, la dán por probable, y segura, Doctores petitos. Veanse tambien los citados Torrecilla, Holzman, y Ligorio, *lib. 1. tr. 1. cap. 2. dub. 2. num. 24. pag. 4.* y Lucio Ferraris *V. Confessio* á *num. 111. pag. 226.* donde cita á otros muchos, y dà esta opinion por comun, y cierta, afirmando, que el Confessor, que no absuelve al Penitente en tal caso, peca mortalmente, y que hace injuria al Author de los Sacramentos, dexando al Sa-

cramento imperfecto: y lo repite *Ψ. Confessarius num. 1. pag. 188.* Lo mismo dice Pignatelli *tom. 8. Consul. 15. pag. 33. à n. 9.* con Sanchez *in Sum. lib. 1. cap. 9. num. 10.* y otros, que cita.

4 Y para abreviar, esta debe ser doctrina de todos los Probabilistas: bien, que si la confesion fuera solamente de pecados veniales, ó si al Penitente no le fuera muy pesado repetir su confesion à otro Confessor, por ser de materia poco vergonzosa, en este caso, muchos de los Patronos de esta sentencia, convienen, en que puede el Confessor no conformarse con la opinion menos probable, y menos segura del Penitente. Así el citado Ligorio, con Suarez, Sanchez, y otros muchos; y Giribaldo *num. 36.* donde cita à Bonacina, Borsio, y à otros: cuya doctrina sigue Verricelli en las *Quest. Moral. y Legal. tr. 2. quest. 38. num. 10.* alegando tambien à Juan Sanchez *in Select. disp. 33. num. 54. in fin.* Con todo, nuestro Holzman *tr. 1. disp. 3. c. 3. num. 185. pag. 39.* afirma con Castro Palao, y Babenstuber, que aun en este caso, debe el Confessor absolver al Penitente; y lo tiene por mas probable: pues negandole la absolucion, lo priva del beneficio, y fruto del Sacramento, que es materia grave. Ni el obligarlo à que reitere la confesion, aunque sea de solos pecados veniales, es materia leve. Porque si la confesion de pecados veniales fuera materia leve, no pudiera ser materia de voto, con obligacion de pecado mortal, lo qual es falso. Y concluye, que aunque en sí sea materia leve absolutamente, no lo es, en el caso, que el Penitente pide ser absuelto, y quiere recibir el fruto de este Santo Sacramento.

5 *D.* Y si, aunque el Penitente tenga una opinion por probable, el Confessor conoce ciertamente, que no lo es; ni hay Autores de probada doctrina, que la den por tal, lo deberá absolver en este caso?

M. Respondo, que no; estando cierto el Confessor, de que la dicha opinion no es probable, ó sea por evidencia de razones, ó sea por determinacion de la Iglesia, ó sea por otro medio indubitable; pues en tal caso, absolviendolo el Confessor, procederia contra conciencia. Si yà no es, que el Peniten-

te procediese con ignorancia invencible, ó inculpable, en alguna materia, que no es necesaria *necessitate medijs* para la salvacion; y el Confessor conociere, que el sacarlo de su ignorancia, será ocasion de que despues peques; porque no se ha de enmendar: pues en este caso, la mas comun sentencia tiene por bastantemente probable, que puede disimular, y dexarlo en su buena fé. Vease Ligorio *de Pœnit. cap. 2. dub. 5. n. 610. pag. 238.* Lo contrario tiene Giribaldo *de Pœnit. c. 17. dub. 5.* bien, que en el *num. 30.* dice, que si lo que el Penitente debe practicar, es moralmente imposible, ó se ha de seguir infamia, ó escandalo, puede disimular el Confessor, y dexarlo en su ignorancia invencible. Así mismo, si la ignorancia invencible del Penitente es causa de daño publico, ó de tercero, ó de escandalo, dice Lugo *de Pœnit. disp. 22. sect. 2. §. 2. à num. 45.* seguido de Verricelli en las *Quest. Moral. y Legal. tr. 2. quest. 38. num. 11.* que debe el Confessor sacarlo de su ignorancia. Vease tambien Ligorio *lib. 6. tr. 4. cap. 2. dub. 5. num. 615.*

6 D. Si el Confessor no debe, ni puede conformarse con la opinion del Penitente, quando está cierto de lo contrario, tampoco podrá, ni deberá conformarse con ella, quando la juzga especulativamente improbable, y falsa.

M. Yo no concedo, que el Confessor se pueda conformar con la opinion del Penitente, quando la juzga improbable, y falsa, sino quando Doctores peritos, y de probada doctrina la dan fundadamente por probables; pues en este caso, viendo, que el Penitente procede con buena fé, y con authoridad de Doctores, bien puede, como debe, deponer su duda, y absolverlo, juzgando al Penitente dispuesto para la absolucion.

7 D. Y si el Confessor no pudiere en este caso deponer la duda, podrá absolver al Penitente, aunque este le diga, que tiene parecer de hombres peritos, que le dan por licito lo q̄ hace?

M. No teniendo el Confessor certeza indubitable, de que la opinion del Penitente es practicamente improbable, debe deponer la duda, y absolverlo; pero nunca puede obrar contra su conciencia propria, porque entonces pecaría. Es doctrina

na del Sr. S. Antonino de Florencia, como después veremos.

8 D. No será mejor en este caso aconsejar al Penitente, que siga la opinion mas segura?

M. El Confessor siempre procederà bien haciendolo assi: y segun el Venerable Señor en su *Confessor instruido*, y los citados Holzman, Ligorio, y otros, usará mas prudentemente de las opiniones benignas, con aquellos Penitentes, à quienes, las tales opiniones los llevan como de la mano, para la mayor observancia de la Ley de Dios. Pero si el Penitente no dexa al Confessor en su libertad, y quiere seguir una opinion, que la tiene fundadamente por probable, entonces debe el Confessor conformarse con su opinion, segun queda yà dicho, y convienen comunmente los Authores con el citado Holzman *tr. 4. cap. 4. art. 3. num. 740.* Aunque tengo por oportuno advertir aqui, que una opinion, que en si es probable, y la tienen por tal algunos Doctores, puede en la practica hacerse improbable respecto de este, ó del otro Penitente, al qual conocidamente, y ciertamente, lo induce à nocivas, y pecaminosas laxitudes. Y en este caso, no debe, ni puede el Confessor, conociendo esto con certeza, conformarse con dicha opinion, como advierte el Abad Leonardo Jansen *Cas. 3. num. 21.* y consta de lo que arriba se dixo con San Antonino; el qual advierte tambien, que quando la opinion del Penitente es contra la comun de los Doctores, no debe facilmente creerle el Confessor, aunque diga, que procede con dictamen de Varon docto. Pero oigamos por conclusion al dicho Señor S. Antonino de Florencia *part. 3. tit. 17. cap. 16. §. 2.* donde dice: *Caveat autem Confessor, ne sit preceps ad dandum sententiam de mortali quando non est certus, & clarus; & ubi in aliqua materia sunt variæ opiniones quamplurium, & solemnium Doctorum, utrum sit licitum, vel illicitum: sicut de non solvendo decimas ubi non est de more, parati tamen semper ad dandum, si Ecclesia peteret. quod quidam dicunt eos in statu damnationis, ut Innocentius, alij quod non, ut Beatus Thomas, Jo. An: & Archidiaconus; & de emptione jurium in Monte Florentiæ, vel Imprestit. rum Venetiarum, quod quidam esse usuram dicunt, alij autem licitum dicunt; &*
de

22

de multis alijs huiusmodi: consulat semper quod tutius est, scilicet, quod à talibus abstineant. Extra de spons. juvenis. Non tamen condemnet contrarium facientes, seu contrariam opinionem tenentes. Nec propter hoc denegat absolutionem: sed, ut dicit Guillelmus, dicat Confessor, quod illud faciendo non est tutum, sed dubium, & ideo sibi bene provideat. Si autem omnino conscientia Confessoris dictaret illud esse mortale, nec posset conscientiam deponere, quod tamen deberet ad consilium Sapientium; nullo modo debet facere contra conscientiam, quia peccaret mortaliter 28. quæst. 1. cap. Omnes deinceps §. Ex his: juncta Glo. Sed cum illud tale esset contra communem opinionem Doctorem, & communiter sic servatur à Sapientioribus; quamvis aliquem Doctorem audiret contrarium tenere, non de levi debet illi adherere.

VIGILIA 5.

Se confirma el mismo assumpto, y se resuelve, que no se debe negar la absolucion al Beneficiado, que no quiere restituir los Reditos superfluos del Beneficio, que gastò en usos profanos.

I D. **Z**enobio, Beneficiado de esta Diocesis, se confiesa con Zacharias, y sabiendo este, que Zenobio gasta los Reditos superfluos de su Beneficio en usos profanos, le hace cargo de esto, y le dice, que està obligado à restituir, supuesto que tiene facultades, para poder hacerlo. Se resiste Zenobio à hacer la restitucion, repartiendo la cantidad entre pobres, ò expendiendola en otras obras piadosas, segun Zacharias se lo exhorta. Pregunto: debe Zacharias en este caso absolver à Zenobio?

M. En quanto à la presente dificultad, que sin duda es grave, es de advertir, que no hablamos de los bienes patrimoniales, nacidos por qualquiera causa profana: ni de los quasi patrimoniales, ò industriales, adquiridos por funciones Eclesiasticas, con independenciam del Beneficio, como predicando, celebrando Missa, &c. pues de estos no se duda, q̄ los Beneficiados tienen pleno dominio, y q̄ pueden disponer de ellos *ad libitum*. Por lo mismo, tã poco hablamos de aquellas distribuciones quotidianas, que aunque provengan del Beneficio, no se ad-

quie-

quieren, ni perciben inmediatamente por título de él, sino como el pendio, por el personal servicios; pues aunque algunos Doctores dicen, que las dichas distribuciones no son bienes industriales, parece mas probable, que sí lo son. Ni tampoco hablamos de los bienes parcimoniales, que son aquellos, que el Beneficiado ahorró de los mere Eclesiasticos, destinados para su manutencion, y decente sustento, gastando menos de lo que pudiera, aun viviendo arreglado, y ceñido á lo que su decencia pide. Procede pues, la dificultad de los bienes mere Eclesiasticos, ó que inmediatamente provienen del Beneficio, y inmediatamente se perciben por su título. Y de estos se duda, si el Beneficiado, que gasta profanamente los superfluos, ó los que le sobran, fuera de los necesarios, para su congrua sustentacion, debe restituirlos? No se pregunta, si está obligado á darlos de limosna, ó expenderlos en usos pios, que esto nadie lo duda: Bien, que en quanto á la limosna, que debe dar, no convienen los Doctores. Nuestro Sabino *de Just. tr. 32. num. 38. é pag. 297.* con otros, que cita, condena á pecado mortal el que el Beneficiado gaste en usos profanos cantidad notable. Aunque para que en este caso la cantidad sea notable, es menester que sea mucho mayor, que en el hurto, como dice Holzman *de Just. num. 204.* Algunos se estienden á la quarta, ó quinta parte de los bienes superfluos. Otros dicen, que basta la vigesima; y esto juzga por mas verdadero Ligorio *lib. 3. tr. 5. num. 491.* con Haunoldo, Lugo, Mazzora, y La Croix. Lo que en el caso se pregunta es, si la dicha obligacion es por Religion, ó por charidad, ó es por Justicia.

2. Muchísimos Doctores, así antiguos, como modernos, son de sentir, que el Beneficiado, que expende los Reditos superfluos de su Beneficio en usos profanos, está obligado á restituir. Constantino Roncaglia *tr. 13. de 7. Præcept. cap. 6. reg. 1.* dice, que esta sentencia es absolutamente verdadera. Soto *in Instit. Sacerdot. p. 2. sect. 3.* asegura, que la sentencia contraria es un error gravísimo contra la Justicia, y buenas costumbres. Archidiacono la llama heregia del Derecho. Comitiolo la

14

la pronuncia nueva, y peligrosa. El Doctor Amort *tom. 1. Theol. Mor. tr. 5. §. 2. num. 1. pag. 562.* dice, que Christiano Lupo *in Can. 12. Concil. Antioch.* tiene por lucido dogma de los Apóstoles, que lo superfluo de los bienes Eclesiasticos se debe erogar en causas pias, directamente por Derecho Divino, y indirectamente por Derecho natural, y que Jorge de Rhodes con razon se admira de que Diana, y Hurtado dixessen lo contrario, contra el unanime sentir de los Theologos, y Canonistas: y que él se admira mas de que estos dos Theologos se hayan llevado en su seguimiento casi la tercera parte de las Estrellas en la facultad Theologica. Otros con Tannero dan tambien por cierta, y por indubitabile la obligacion en el Beneficiado de restituir en dicho caso, y alegan por su opinion à San Antonino de Florencia *part. 3. tit. 20 cap. 2. §. 8.* y à muchos Doctores clasicos, con Concina *tom. 2. dissert. 6. cap. 18.* y los sigue el citado Ligorio *num. 92. pag. 154.* y es sentencia muy comun.

3 Otros Doctores son de opinion, que el Beneficiado no está obligado à restituir en dicho caso, como se puede ver en el citado Ligorio, y en Holzman *tom. 1. tr. 1. de fure, & just. disp. 3. cap. 2. num. 196. pag. 542.* donde cita, y alega por esta sentencia al Cardenal de Lugo, Molina, Amico, Lessio, Caspense, Mastrio, Illung; y al Illmo Herinx. Y el mismo Ligorio confiesa, que esta opinion es bastantemente probable; pues es doctrina del Angelico Doctor Santo Thomas *in Quodlib. 6. art. 12. ad 3.* y tambien de San Antonino *part. 2. tit. 2. cap. 5. §. 3.* de Sporer, Viva, Azor, Mazzota, Castro Palao, y otros, como se puede ver en el lugar citado *num. 492.* Assi tambien Sabino con Bonacina *tom. 1. in fin. de Simonia disp. 4. punt. 1. num. 5.* Lessio *lib. 2. cap. 4. dub. 6. à num. 43.* y Reiffenstuel *in Moral. tr. 7. dist. 4. quest. 3.* y otros no pocos.

4 Los Patronos de esta opinion se fundan, en que los Beneficiados, no solo tienen dominio en los reditos del Beneficio, necessarios para su congrua sustentacion; sino tambien en los superfluos, desde la division de los reditos, y bienes de la Igle-

Iglesia, que se refiere *cap. De redditibus* 28. *Causa* 12. *quest.* 2. hecha por el Papa Simplicio año 465. en quatro partes: una para el Sumo Pontifice, ò Ob:spo: otra para los Clerigos: otra para la Fabrica de la Iglesia: y otra para los Pobres; y es tambien del Papa Gelasio *cap. Concesso* 26. y del Papa Gregorio *cap. Cognovimus* 29. Alegan tambien la Constitucion *Cum sicut* de Julio III. dada à 3. de Julio del año 1550. donde se dice, que el dinero, y los demàs bienes, que los Clerigos perciben, por ocasion de las Iglesias, y Beneficios Eclesiasticos, se deben juzgar por propios, y por adquiridos, y que en cierta manera, se deben reputar por bienes seculares, y profanos. A lo qual se agrega, que el Santo Concilio de Trento *Ses.* 23. *cap.* 1. y *Ses.* 24. *cap.* 12. *de Reform.* determina, que el Beneficiado, que sin necesidad se ausenta por mucho tiempo, ò no hace la profesion de la Fè dentro del tiempo señalado, no haga suyos los frutos del Beneficio. De lo qual se infiere, que los que estàn presentes, y hacen la dicha profesion, hacen los frutos suyos, ò que tienen dominio en ellos, segun el *cap. un. de Cleric. non resident. in* 6.

5 Igual fuerza parece tener la declaracion del Concilio Lateranense *sub Leone X.* y de San Pio V. en la Constitucion *Ex proximo*, en que se determina, y declara, que los Beneficiados no hagan suyos los frutos *pro rata* de la omision de las Horas: luego se infiere, que el que no fuere omisso, los hace suyos; pues el argumento à *contrario sensu*, se reputa fuertissimo en el Derecho, como observa el citado Sabino *num.* 53. Fuera de que, de lo contrario se seguiría, que las donaciones, que hacen los Beneficiados de lo superfluo, fueran invalidas, y que así los Dantes, como los Donatarios, quedarían obligados à restituir, ò à los Pobres, ò à las Iglesias, y Causas pias, lo qual es contra la comun practica. Ni nuestra Madre la Iglesia ha determinado sobre esto cosa alguna: no siendo de creer, que los Prelados Eclesiasticos dissimulassen en un assumpto de tanta importancia, en perjuicio grave de los Pobres, sino que los obligarian à restituir, habiendolo declarado en mate-

26

rias de menos consideracion, como en caso de ausencia, ò de omision en el Rezo. Y por conclusion, porque *in dubijs melior est conditio possidentis*.

6. Los Patronos de la contraria opinion dicen, que solo tienen dominio en los bienes necesarios para su congrua, y decente sustentacion, y no en los superfluos, atento à que assi muchos de los Santos Padres, como en varias partes del Derecho Canonico, los bienes Eclesiasticos Beneficiales se llaman bienes de Dios, Patrimonio de Christo, y bienes de los Pobres; y nunca se llaman bienes de los Clerigos. Fuera de que, la dissipacion de los bienes Eclesiasticos superfluos en usos profanos, se equipara al hurto, y rapiña *cap. 1. & 6. Caus. 12. quest. 2.* y el que dissipa lo que es suyo, no comete hurto, ni rapiña. Agregase à lo dicho, que aunque se quiera decir, que la voluntad de los Fundadores fuè transferir el dominio de dichos bienes à los Eclesiasticos, la Iglesia no lo admite, sino con limitacion, y con la carga, de que lo superfluo se dè à los Pobres; y assi el tal dominio no es absoluto, sino gravado, segun se colige de Graciano *in Caus. 12. quest. 1. post cap. 25. & 27.* y del Tridentino *de Reform. Sef. 25. cap. 1.*

7. Por fin, los Patronos de una, y otra opinion alegan otros muchos fundamentos, tomados de los Concilios, Sagrados Canones, Determinaciones Pontificias, Authoridades de los Santos Padres, y de Theologos celebres, respondiendò reciprocamente à las razones contrarias, como en ellos se puede ver. Con todo, aunque demos, que la opinion, que dice, que Zenobio debe restituir en el caso, que sin duda es mas segura, sea tambien mas probable, ò que por tal la tenga Zacharias, como la opinion, que dice, que no debe restituir, sea tenuta por muchos Doctores por verdaderamente probable, debe absolver à Zenobio. Pues como en el caso solo se trata de lo honesto, y licito de la accion, conformandose con opinion probable, obra prudentemente, y licitamente; y por consecuencia, està dispuesto para la absolucion, y tiene derecho à ser absuelto, y le hiciera Zacharias grave injuria en no absolverlo. Vease tambien N. S.S.

SS. P. Benedicto XIV. en el Synodo Diocesano Edicion de Ferrara lib. 7. cap. 2. donde trata latamente de esta materia, y refiere otros muchos Doctores por ambas partes: y añade en el num. 13. que aunque segun se havia formado primeramente el Decreto del Santo Concilio Tridentino en la citada *Ses. 25. de Reform. cap. 1.* yá quedaba decidida la question, por la razon, que en el mismo Decreto se assignaba, de que los Beneficiados solamente son dispensadores, ô dispenseros de los bienes mere Ecclesiasticos: con todo, en la Congregacion General, que despues se tuvo dia 23. de Noviembre de 1563. pareció á los Padres expurgar del Decreto las dichas palabras, á instancia del Cardenal á Lotharingia, del Arzobispo de Granada, y de otros Prelados, para dexar intacta la opinion, bastante comun, segun alegaron los citados, que atribuye á los Beneficiados dominio en los bienes Ecclesiasticos superfluos. En cuya atencion, nada resuelve su Santidad sobre este dubio: bien, que en el num. 14. concluye con las siguientes palabras, tomadas del Cardenal Bellarmino, y muy dignas de meditarle: *Parum enim refert, utrum Prælati damnentur ad inferos, quia peccavit contra justitiam, an quia peccavit contra charitatem, non bene distribuendo facultates suas. Solum quero, in quos usus debeat expendere suas Ecclesiasticas facultates, ut non amittat vitam æternam.*

VIGILIA 6.

Confirrase otra vez el proprio assumpto, y se resuelve, que el Confessor, ni por el bien del Penitente, puede diferirle la absolucion, si está dispuesto, y la pide.

I D. **H**Aviendose confesado Casimiro con Apolonio, bien conoce el Confessor, que Casimiro está dispuesto para absolucion; pero al mismo passo, conoce tambien, que si dilata el absolverlo, esta dilacion le servira de mucho provecho para la enmienda, y para la mayor firmeza de su proposito. Pregunto: podrá el Confessor en este caso dilatar la absolucion á Casimiro?

M. Muchos de los Doctores, que afirman, que el Con-

28

confessor debe seguir, y conformarse con la opinion menos probable, y menos segura del Penitente, dicen, que en este caso, puede el Confessor licitamente diferir al Penitente la absolucion. Así lo tienen Lugo *disp.* 14. *num.* 169. Averfa *quest.* 11. *sec.* 3. Suarez, Henriquez, Reginaldo, Sayro, Sanchez, Villalobos, y otros, à quienes citan, y siguen Leandro *disp.* 7. *quest.* 50. y Giribaldo *tr.* 7. *cap.* 10. *dub.* 4. à *num.* 39. Y dan la razon, porque, aunque el Penitente, en este caso, tiene derecho à ser absuelto, pues està dispuesto para la absolucion, no tiene derecho à ser absuelto luego; mayormente, quando de la dilacion de la absolucion, le resulta mayor bien. Si yà no es, que de la dilacion de la absolucion, prudentemente se pueda temer, que se le siga mayor daño espiritual; como el que no vuelva à confesarse, ò que calle los pecados, ò otro semejante, segun repara, y reflexiona sabiamente con Lugo, Leandro, y Antonio del Espiritu Santo, el citado Giribaldo *num.* 41.

2 Esto no obstante, si el Penitente, avisado por el Confessor suavemente, de que le conviene el que le difiera la absolucion, no conviniere en ello, y pidiere ser absuelto, tengo por mas probable, que lo debe absolver. La razon es, porque el Penitente, que està dispuesto para la absolucion, tiene justo derecho para ser absuelto; y de lo contrario, se le hace injuria luego si en la actualidad, y de presente, està dispuesto, tiene derecho justo à ser absuelto luego, en la actualidad, ò de presente; y así, si èl no conviene en que la absolucion se le difiera, debe el Confessor absolverlo de presente, en la actualidad, ò luego. Ni vale decir, que el Confessor no solo es Juez, sino tambien Medico, y que por lo mismo, puede como Medico dilatarle la absolucion, para que el Penitente conosca mejor la gravedad de su pecado, la necesidad de la enmienda, lo mucho que le importa la firmeza del proposito, la cautela, que debe tener para no caer otra vez, y otras utilidades, q̄ se le pueden seguir de la dilacion de la absolucion. Pues à esto respondo, que el Confessor exercitarà bien el oficio de Medico dandole buenos consejos, ò imponiendole aquellas penitencias medicinales, que sean con-

conducentes para dicho fin. Pero no por esso tiene derecho para diferirle la absolucion, y dexarlo en pecado mortal, y en peligro de condenacion eterna; mayormente, quando el Santo Sacramento de la Penitencia, no solo perdona los pecados passados al que està dispuesto, sino que tambien, por razon de su institucion, preserva al Penitente de caer en otros. Así Juan Sanchez, *in Select. disp. 9. num. 9.* citado, y seguido de los Casuistas de N. SS. P. Benedicto XIV. en el Appendice año 1757. mes de Noviembre *Caso 3. pag. 135.*

Omito otros muchos casos, con que se puede persuadir el assumpto, que tratamos. Y á la verdad, si no siendo ciertamente reprobada, ô impracticable, la opinion, que favorece al Penitente, este procede con ella en buena conciencia, es de temer no pocas veces, que el pretender obligarle á que se conforme con la que el Confessor tiene por mas probable, sea ocasion, ô causa de muchos escrúpulos. Y sabido es aquel Proverbio: *Qui seminat scrupulos peccata metet.* Yo no me atreviera á ello sin motivo muy urgente, atendiendo á lo que dice el Señor San Pablo á los Romanos *cap. 15. Debemus nos firmiores imbecillitates infirmorum sustinere, & non nobis placere.*

VIGILIA 7.

Del uso licito de las Opiniones probables.

1 D. **E**sta palabra *Probable* es de sí imperfecta, y despreciable?

M. Respondo que no; y lo colijo del Sr. San Pablo *2. ad Tim. cap. 2. v. 15.* donde dice, *Solicite cura te ipsum probabilem exhibere Deo.* Donde por la palabra *probable*, entiende el Apostol lo mismo que bueno, y probado, segun Alapide, en la exposicion de este Texto. Y del mismo modo se debe entender el *v. 8.* del *Eclesiastico cap. 42.* que dice: *Probabilis in conspectu omnium vivorum.*

2 D. Luego contraida la palabra *Probable* á la opinion, lo mismo será opinion probable, que opinion buena, y probada?

M. Así es, y se confirma con lo que dice el Señor San Antonino *part. 1. tit. 3. cap. 10. §. 10. Reg. 4. Dicitur autem probabile, quod pluribus, & maxime Sapientibus apparet Verum: y lo que muchos, y sabios tienen por verdadero, debe tenerse por bueno, y probado.*

3 *D.* Qué se entiende por opinion probable?

M. Comúnmente se define así: *Assensus alicui propositioni obiectivum rationabile, cum formidine speculativa de opposito.* De suerte, que aquella opinion es probable, que tiene motivo grave, y solido, para mover á un juicioso, y prudente, á juzgar que es licito lo que haces; aunque especulativamente tema, ó rezele, que pueda engañarse. Y es de advertir, que si el dicho motivo fuere razon, ó fundamento, se llama probabilidad intrínseca; y si fuere la autoridad de los Doctores, se llama probabilidad extrínseca. Fuera de esto, si los motivos de dos opiniones opuestas, mueven al entendimiento con igual fuerza, son igualmente probables; pero si los de la una mueven con mayor fuerza, esta es mas probable, sin que por esto dexé la otra de ser probable; pues se funda en razon grave, y suficiente de sí, para mover al entendimiento á un prudente assenso: ni la mayor fuerza, con que mueven los de la contraria, lo necesitan á que dé assenso, ni le dan certeza moral suma, ni física, ni metafísica; de forma, que represente la contraria ciertamente falsa. Mas si los motivos de una opinion fueron tan graves, y tan solidos, y movieron de tal modo al entendimiento; que los de la contraria hicieron poco, ó leve contrapeso, entonces, la tal opinion es probabilísima: y como los de la contraria, son de sí insuficientes, para mover á un assenso prudente, esta se llama de tenue probabilidad, ó notablemente menos probable. Finalmente, quando ciertamente consta, que la opinion tiene fundamentos graves, y motivos solidos, y que los Doctores Catholicos, y de probada doctrina, la tienen por probable, es ciertamente probable. Pero si se duda, si tiene tales fundamentos, ó se disputa, si tiene tales motivos, ó si es admitida por tal entre los Doc-

tores, es dudosamente, ò probablemente probable. Y por conclusion, puede la opinion ser objectivamente, ò subjectivamente; especulativamente, ó practicamente probable, como veremos despues.

4 D. Puede una opinion ser probable en sí, y no serlo para nosotros ?

M. Respondo que sí: porque puede tener fundamentos suficientes para ser probable, y puede alguno no conocerlos: y en este caso, para el que no los conoce, aunque sea probable en sí, no tendrá probabilidad subjectiva. Al modo que, tampoco repugna, que alguno tenga una opinion por probable, juzgando con error invencible, que tiene fundamentos solidos, y en la realidad no tenerlos: en cuyo caso, tendrá probabilidad subjectiva, y no la tendrá objectiva.

5 D. Puede una misma opinion ser menos probable para uno, y mas probable para otro ?

M. Respondo que sí: porque como los entendimientos no tienen igual cultivo, puede uno penetrar mejor los fundamentos de la opinion, y puede el otro no alcanzarlos, ò no entenderlos, y tenerlos por menos robustos, y aun por leves.

6 D. Puede una misma opinion ser oy para uno menos probable que su contraria, y ser mañana mas probable ?

M. Sin duda puede; porque puede mañana entender mejor que oy los fundamentos en que estriva; ó por medio del estudio, ò consultando á los doctos.

7 D. De aqui procede tal vez, que sobre una misma opinion, hacen tales dictámenes los Doctores, que unos la llaman cierta, otros probabilísima, otros mas probable, otros menos probable, y otros de tenue probabilidad, y practicamente improbable.

M. Así es; pues como la probabilidad no es xerga que se mide à varas, ni agua que se regula por cantaros, unos discurren de un modo, y otros de otro; unos entienden bien los fundamentos de la opinion, y otros no: *unus quidem sic, alius verò sic.*

32

8 D. El dictamen de que una opinion es mas probable, lo es tambien de que es mas segura ?

M. Respondo que no; porque la probabilidad se toma de los fundamentos de la opinion, y la seguridad nace de la concordancia, que la opinion tiene con la ley, y de la remocion del pecado, aun material. La opinion del Sr. San Buenaventura, que dice, que el que peca mortalmente, debe confesarse, asì que tenga copia de Confessor, es sin duda mas segura que su contraria, que es del Sr. Santo Thomas; y con todo se tiene por menos probable. Asì el Sr. San Antonino *part. 1. tit. 3. cap. 10. §. 10. Reg. 4.*

9 D. Entre dos opiniones igualmente probables, es licito seguir la menos segura ?

M. Respondo que sí. Y es la razon, porque siempre que la existencia de la ley, ò del precepto, no es notablemente mas cierta, ò mas creible, que la no existencia, bien puede uno deponer la duda, sobre si hay tal ley, ó tal precepto, y usar de su libertad. Pruebo: pues es muy conforme à la Providencia Divina el proponernos su ley, ò precepto, notablemente mas creible que la no ley, ò carencia de precepto; al modo que nos propone tambien la Religion Catholica, notablemente mas creible, que las sectas falsas. Hace à este intento San Pablo *1. Cor. 14.* donde dice: *Si incertam vocem det tuba, quis parabit se ad bellum?* Asì Amort *in Theol. moral. tr. 1. §. 4. de Sent. prob. q. 10. n. 10. part. 19.*

10 D. Y quando sobre la existencia, ò no existencia de la ley, ò del precepto, ò de lo honesto, y licito de una accion, hay dos opiniones opuestas, de las quales, la menos segura, es ciertamente probable, aunque menos probable que su contraria, será licito seguir la menos probable ?

M. Respondo, que aunque no pocos Doctores dicen que no, añadiendo, que la práctica de tales opiniones probables es peste, es veneno, y doctrina anti-Evangélica; con todo, la mas comun opinion, y la que yo sigo, dice que sí: y sus Patronos se quejan agriamente de los referidos dictorios, inju-

rias, y contumelias. Y aun añaden, que los que así censuran su doctrina, intentando persuadir la probabilidad de las opiniones, al passo que pretenden afianzar la seguridad de las conciencias, desamparan la claridad, la paz, y la obediencia debida á la Santa Sede Apostólica. Fues N. SS. P. Innocencio XI. en el fin de su Decreto de 2. de Marzo de 1679. manda por Santa Obediencia, que ni en Libros impressos, ni manuscritos, ni en Conclusiones, ni en Disputas, ni en Sermones, se censuren, injurien, ni contumelien las Proposiciones, que se controvierten entre los Doctores Catholicos, hasta que examinadas, y reconocidas por la Santa Iglesia, se profiera sobre ellas el debido juicio.

11 Facilmente se pudiera probar este Asserto, con lo que queda dicho en el numero antecedente. Pues la opinion ciertamente, y verdaderamente probable, no es notablemente menos probable, que su contraria; por que la que es notablemente menos probable, es de tenue probabilidad; como despues veremos. Y así, quando sobre la existencia de la ley, ó del precepto, ó sobre lo licito, y honesto de la accion, hay dos opiniones comparativamente opuestas, si la una es ciertamente probable, aunque sea, ó se nos proponga menos probable, que su contraria, la ley queda incierta, ó queda incierta la existencia del precepto; y por consecuencia queda en possession la libertad.

12 *D.* La opinion menos probable no puede ser ciertamente probable, si se compara con su contraria mas probable: luego una vez que sea menos probable, ó se nos proponga como tal, no es licito seguirla, si fuere menos segura.

M. Respondo negando el antecedente; porque la probabilidad no es verdad real, y natural, sino verisimilitud. Y por lo mismo, aunque una opinion se nos proponga como mas probable, no hace que su contraria sea falsa. Antes bien, al mismo tiempo que se nos propone mas probable, tenemos dictamen concomitante que nos hace rezelar, si será, ó no será mas probable. Y no pocas veces, la opinion que oy se nos propone mas probable, mañana se nos representa menos probable, como

34

mo yà se dixo antes. Y fuera de esto, dificilmente se puede hacer juicio sobre la mayor, ò menor probabilidad de dos opiniones opuestas, quando ambas tienen fundamentos solidos, segun ensena bastantemente la experiencia. Pero quando la opinion tiene tales fundamentos, entonces es ciertamente probable; no obstante, que los de la contraria nos parezcan mas robustos, y por lo mismo, la juzguemos mas probable. Como los entendimientos humanos son de sì tan limitados, quando no hay Autoridad de la Sagrada Escritura, Decreto Pontificio, Dogma de Fè, Principio cierto, ò Razon evidente, cada uno abunda en su sentir, y discurre como alcanza. Què diversidad de dictámenes opuestos no hallaremos, si bolvemos los ojos à los siglos passados, aun entre los mismos Santos? Son innegables entre San Geronymo, y San Augustin: entre San Juan Chrysostomo, y San Epiphanio: entre San Cipriano, y San Estevan Papa: entre Santo Thomàs, y San Buenaventura: y lo que es mas, entre San Pedro, y San Pablo: entre San Pablo, y San Bernabè: y aun entre los mismos Angeles, como consta de Daniel *cap. 10.* siendo assi, que su concordia es continua, como dice Job *cap. 25. V. 2. Qui facit concordiam in sublimibus: y cap. 38. V. 37. Conscientum Cœli quis dormire facies?* Què serà pues, de nuestros entendimientos, distando tanto de los Angelicos, y faltandoles aun mucho, para ser entendimientos de Santos?

13 **D.** Y si la opinion menos probable fuera solamente especulativamente probable, se podrá seguir lícitamente?

M. El Dr. Dolz de *Pœnit disp. 2. Sec. 9. num. 103.* Juan Sanchez in *Select. disp. 44. à num. 63. y disp. 54. num. 11.* Lugo, Narbona, y otros, apud Diana *Coord. tom. 8. rr. 1. resol. 9. y 10.* dicen, que toda opinion especulativamente probable, es practicamente probable. Pero esta doctrina, solo puede tener lugar; à mi vér, quando la opinion especulativa considera en la practica todas las circunstancias, que considera en la especulacion. Y en este sentido, respondo afirmativamente con Giribaldo *rr. 1. de Act. hum. cap. 3. dub. 12.* Y si à esto se replica con el citado Dolz, que si la opinion no considera en la practica las mismas

circunstancias; que en la especulacion, ya es opinion distinta, creò ser question de solo nombre, ô *pure metaphysica*.

14 D. Y si la opinion menos probable fuere dudosamente probable, con duda opinativa, ô probablemente probable, se podrá seguir lícitamente?

M. Tamburino, Arsdekin, y Cardenas, cuya doctrina tiene por probable La Croix *l. 1. n. 368.* segun Ligorio *l. 1. cap. 2. dub. 2. n. 23*: dicen que sí; y dan la razon, porque si un Theologo me asegurara, que una opinion es ciertamente probable, lícitamente puedo seguirla, como conceden los de la contraria opinion: y con todo, el dicho, ô consejo de un Theologo, no es cierto, sino probable á lo mas. Peto la mas verdadera sentencia, que siguen el citado Ligorio, Giribaldo *rr. 1. cap. 3. dub. 7. num. 47.* y otros comunmente, dicen, que no; y es la razon, porque para obrar con prudencia, se requiere fundamento ciertamente grave, y el que obra con opinion probablemente probable, no tiene certeza, sino probabilidad de que el fundamento es grave. Con todo, esta question tiene mucho de solo nombre, como observa el mismo La Croix; y los que dan por lícito el uso de la opinion probablemente probable, entienden por ella, opinion ciertamente probable. Y por lo que mira al consejo de un Theologo docto, prudente, y timorato, lícitamente puede seguirlo un rustico, como con Sporer afirma Holzman *rr. 1. de Consc. disp. 3. cap. 1. num. 120.* donde añade, que el Señor San Antonino daba por Regla á los doctos aquellas palabras de los Proverbios *cap. 27. V. 7. Stude sapientia Fili mi: y á los que no lo eran, aquellas del Deuteronomio cap. 32. V. 7.*

Interroga Patrem tuum, & annuntiabit tibi, majores tuos, & dicent tibi.

VIGILIA 8.

Se alegan algunos fundamentos, para tener por lícito el uso de las opiniones ciertamente probables.

1 D. **L**A Sagrada Escritura favorece á los Probabilistas, ô á los Anti-Probabilistas?

M. Unos, y otros la alegan á fu favor. Los Anti-Probabilistas, entre otras Sentencias, se valen de aquella del Eccli. 3. v. 27. *Qui amat periculum in illis peribit.* Y aquella de San Matheo cap. 7. v. 14. *Arcta est via, que ducit ad vitam.* Los Probabilistas, en: re otras, alegan por sí aquella del mismo S. Matheo cap. 11. v. 30. *Fugum enim meum suave est, & onus meum leve.* Y aque: a del Eclesiastes cap. 7. v. 17. *Noti esse justus multum: neque plus sapiens, quam necesse est, ne obstupescas.*

2. Lo mismo sucede en quanto á los Sagrados Canones, y Derecho Civil: y los Probabilistas citan por sí aquella Sentencia del Papa Honorio cap. fin. de transact. *In his in quibus jus non invenitur expressum, procedas (equitate servata) in humaniorem partem declinando semper, secundum quod personas, & causas, & loca, & tempora postulare videris.* El cap. ex litteris 3. de Probat. donde te dice: *Promptiora sunt jura ad absolvendum, quam ad condemnandum.* La Regla 30. jur. in 6. que dice: *In obscuris minimum est sequendum.* La Maxima de Graciano in c. *Alligant* 26. quest. 7. *Et si erramus modicam poenitentiam imponentes, non ne melius est propter misericordiam rationem reddere, quam propter crudelitatem? Ubi Pater Familias largus est, ut quid Sacerdos ejus austerus? Vis apparere Sanctus? Circa vitam tuam sis austerus, circa alienam benignus.* La Regla in c. ad aures 6. de Prescrip. cap. quod autem 5. de jur. Patronat. cap. in pari 65. ff. de Reg. jur. *Lege in pari 128. ff. eod. Et dubijs melior est conditio possidentis.* Y las siguientes: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum, quam tutum est.* *Leg. ea que 192. de Reg. jur. Semper in dubijs benigniora preferenda sunt.* *Leg. semper 56. ff. eod. In ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet.* *Leg. si fuerit 10. ff. de reb.* Y añ den, que las sobre dichas Reglas, y Sentencias, no solo se deben aplicar á materias de justicia, sino que son adaptables á las demás virtudes, como con otros prueba Giribaldo de Act. hum. cap 3. dub. 14. per tot.

3. Alegan tambien varias sentencias de Humberto, el B. Raymundo, Durando, Astesano, Juan Nidero, y otros antiguos, que se pueden ver en nuestro Sibino Bononienese tom 1.

tr. 5. n. 58. pag. 46. donde refiere las dos siguientes de nuestro V. y Subtil Elcoto: 1. *Præcepta pœnalia non sunt amplianda, sed restringenda.* 2. *Quando aliqui Doctores dicunt dari præceptum, aliqui verò dicunt non dari; tu sequere id, quod tibi mihius videtur.* Bien, que en terminos de mayor, ò menor probabilidad, Elcoto nunca decidió la question presente, como observa nuestro Krisper de Con. dist. 8. q. 3. num. 13. p. 735. Ni discrepa de las referidas Sentencias de Elcoto el Señor San Bernardino de Sena tom. 1. Serm. 3. Fer. 2. post Dominic. Quinquages. art. 3. cap. 1. in fin. donde dice: *Secundum enim Scotum, & Hofriensem, quando sunt diversa jura, & opiniones, quæ tamen non sunt contra Deum, & bonos mores, cæteris paribus, humanior præferenda est.* Extra de Ferijs c. Capellanus. Parece conspirar á lo mismo el Señor San Buenaventura in Comp. Theol. verit. lib. 2. cap. 52. donde dice: *Cavenda est conscientia nimis larga, & nimis stricta: nam prima generat præsumptionem, secunda desperationem. Item prima sæpe dicit malum bonum: secunda bonum, malum. Prima sæpe salvat damnandum: secunda damnat salvandum. Cavenda inquam est tam dextera nimia laxitatis temerariæ, negando præceptum, ubi est; quam sinistra nimij rigoris, effringendo præceptum, ubi non est; sed media tenenda est via.* Donde se ve que lo que el Seraphico Doctor reprueba es el laxismo; pero no la probabilidad solida, fundada, y cierta; que tambien la siguiò el Señor San Augustin tom. 2. Epist. 19. ad S. Hieronymum pag. 70. donde dice: *Alius autem ita lego, ut quantalibet sanctitate, doctrinaque præpolleant, non ideo verum putem, quia ipsi ita senserunt: sed quia mihi vel per illos Authores Canonicos, vel PROBABILITY ratione, quod à vero non aborreat, persuadere potuerunt.*

4 Ni está en contrario universalmente el Angelico Doctor el Señor Santo Thomas; segun lo expone el admirable Doctor el Señor San Antonino part. 1. tit. 3. cap. 10. in Reg. 4. por estas palabras: *Quod autem dicit Beatus Thomas in Quolib. 3. q. 4. à 2. Quando duo sunt opiniones contrariæ de eodem, oportet alteram esse veram, & alteram falsam. Si ergo ille, qui facit contra opinionem Magistrorum, ut puta in habendo plures Prebendas, fa-*
ciens

38

ciens contra veram opinionem, non excusatur à peccato, cum faciat contra legem Dei, quamvis non faciat contra conscientiam. Hac enim verba Beati Thomæ non possunt intelligi, nisi de his ubi manifestè patet ex Scriptura, vel Ecclesiæ determinatione, quod sit contra legem Dei: & non de illis intelligit, ubi non apparet. Alias sibi contradiceret in eodem libro, quod non esset credendum. Item Ulricus in Summa dicit, quod si quis de aliquo agendo dubio, magis peritos consulat, de quo nullam habet expressam auctoritatem, utrum ita sit, vel non, dummodo formet sibi bonam conscientiam, etiam si res aliter se habeat, quam id, quod sentit, & quod sibi consultum fuerit, excusatur, quia fecit, quod potuit, & Deus plus non requirit. Item: ex responsis, quæ videntur data ab Alberto Magno, habetur, quod Frater simplex, vel quilibet homo cum salute potest sequi in consilijs quamcumque opinionem voluerit: dummodo alicujus Doctoris Magni opinionem sequatur. Hostiensis etiam dicit, extra de cognat. spir. super cap. si vir. Ubi sunt diversæ opiniones, & diversa judicia, semper humanior est preferenda, & equior. Et ad idem facit, quod ait Augustinus di. 9. Sana. Guillelmus etiam in Glossa Raymundi dicit, quod in apicibus juris, ubi dubitant etiam Sapientes, excusabilis est ignorantia. Unde si aliquis bona fide partem illam, vel illam elegerit, non debet super hac habere conscientiam nimis scrupulosam. Item Petrus de Palud. super 4. dist. 17. dicit, quod si Confessor dubitaret, utrum illud, de quo confitens non poenitet, nec confitetur, esset mortale: & ipse confitens dicit, quod consilio peritorum illud fecit, de quibus ex vita, & scientia probabile est, quod non consulerent nisi bene illi iudicio se potest conformare. Secus autem si esset certus de opposito. Idem videtur sentire Gos. de Fontibus, in his scilicet opinionibus contrarijs, quæ tolerantur ab Ecclesia, ut dictum est. Et quod debet proponere confitenti, quod bene studeat de hoc se ipsum per prudentes informare; eo quod alij teneant contrariam opinionem: maxime si illius contrariæ opinionis Confessor sit inordinarius ejus: & sic eum absolvet. Idem sentit Ricardus Claramon. non distinguendo, utrum Confessor ejus sit ordinarius, vel non ordinarius.

5 Mas difícil parece otra autoridad del mismo Angélico Doctor Santo Thomas, Quodlib. 9. quest. 7. art. 15. y dice así:

así: *Omnis quæstio, in qua de peccato mortali quæritur, nisi expresse veritas habeatur, periculosè determinatur; quia error, quo non creditur esse mortale, conscientiam non excusat à toto, licet fortè à tanto. Error verò, quo creditur esse mortale, quod non est mortale, ex conscientia ligat ad mortale. Præcipuè autem periculosum est, ubi veritas ambigua est.* Lo mismo, aunque con otras voces, viene á decir el Seraphico Doctor el Señor San Buenaventura *in 2. Sent. dist. 22. quæst. 3. in fine.* Pero á la verdad, si hemos de entender la Doctrina de estos Santos, y admirables Doctores como suenan las palabras, estamos todos en la misma dificultad. Porque: ó hemos de decir, que el que obra con opinion mas probable, procede con evidencia, ó certeza moral summa, physica, ó metaphysica, y esto es falso: ó que tambien pecará obrando con opinion mas probable, si acaso esta delante de Dios es falsa. Porque: *error, quo non creditur esse mortale, conscientiam non excusat à toto, licet fortè à tanto.* Pero no siendo cautela, ni equidad, el afirmar, que hay pecado mortal, quando esto no consta, ó no se prueba con suficiente authoridad, ó con razon evidente, como dicen Gerson *3. part. lec. 4. de Vir. spirit. Coroll. 11.* y Gabriel *in 4. dist. 15. art. 2. in fine,* citados de Gobat *tom. 2. tr. 1. Sess. 8. à num. 133.* yo creo, que no es esta la mente del Santo, y Angelico Doctor: y para este dictamen me dió tambien luz el Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. de Materia Montis Florentiæ cap. 11. §. 28.* y dice así.

6. *Notandum est, quod dicit Beatus Thomas in quadam quæstione de Quodlib. Videlicet, quod quæstio, qua quæritur de aliquo actu, utrum sit peccatum mortale, vel non, nisi ad hoc habeatur authoritas expressa Scripturæ Sacræ, aut Canonis, seu determinationis Ecclesiæ, vel evidens ratio, non nisi periculosissimè determinatur. Nam si determinetur quod sit ibi mortale, & non sit; mortaliter peccabit contra faciens: quia omne, quod est contra conscientiam, edificat ad gehennã. Si autem determinetur, quod non sit mortale, & secundum rei veritatem sit; error suus non excusabit eum à mortali. Sed hoc secundum, videtur sanè intelligendum quando scilicet erraret ex crassa ignorantia: secus si ex probabili: puta, quia consuluit peritos in tali materia, à quibus*

40

bus sibi dicitur illud tale non esse mortale. Videtur enim tunc in eo esse ignorantia quasi inexcusable, quæ excusat à toto; & hoc quantum ad ea, quæ non sunt expresse contra jus Divinum, vel Naturale, & el contra articulos Fidei, decem Præcepta, & hujusmodi, in quibus ignorans ignorabitur, ut ait Apostolus. Et si diceretur hic esse usuram, & usura est contra Decalogum. Respondetur, usuram esse contra Præcepta Decalogi: rerum est reductivè. Sed hunc contractum esse usurarium, non est clarum: cum Sapientes contraria sibi invicem in hujusmodi sentiant. Cum autem dicitur ignorantiam juris Naturalis non excusare: intelligitur de his, quæ expresse per se, vel reductivè sunt contra jus Naturale, & Divinum, vel contra Fidem, & præcepta per evidentes rationes, vel determinationem Ecclesiæ, vel determinationem, & sententiam communem Doctorum: & non de his, quæ per multa media, & non clara, probantur esse contra præcepta, & articulos. Hasta aquí el Santo Doctor, copiado de la Fuente, que presente tengo, hablando de ciertos tratos usados en Florencia, Venecia, y otras partes, que algunos peritos, y entre ellos el Señor San Bernardino de Sena tom. 2. desde el Serm. 1. de la Dominic. 5. Quadragesim. los tenían por usurarios, y otros por licitos: y resuelve, que no se deben condenar à pecado mortal, ni tener por usura, atento à que algunos Sabios, y peritos dicen, que no lo es, y no hay razon evidente, ni texto de la Sagrada Escritura, ni Canon, ni determinacion de la Iglesia para poderlo afirmar con certeza.

7 Pero oigamos otra vez al mismo Señor San Antonino part. 2. tit. 1. cap. 11. §. 31. sobre el mismo assumpto: Quod autem volentes probare contractum esse illicitum inducunt illud: In dubijs tutior via est eligenda. Respondetur, hoc esse verum de honestate, & meriti majoritate, & non de salutis necessitate, quoad omnia dubia. Alioquin oporteret omnes Religionem intrare, cum tutior via sit, quam in seculo permanere. Et istud, scilicet, Religionem intrare, utique consultatur, non præcipitur: 33. q. 2. c. admonere. Y en el §. 33. sobre la misma materia: Item quod dicitur à quibusdam, quod quidam Papa moribus, & scientia præditus, dixit contractum hunc esse illicitum, non propterea sequitur quod sit illicitus: quia talis Papa non de-

determina vis illud papaliter, sed magistraliter, ut dicit Hugo in quodam simili.

8 Pero para que no se entienda, que el Santo, en los citados lugares habla taxativamente de algun caso particular; y que su doctrina no es general, oigamos otra vez como expone el *cap. Juvenis extra de Sponsal. In dubijs tutior via est eligenda*, en la *part. 1. tit. 3. cap. 10. §. 10. Reg. 6.* donde dice: *Sed ad hoc respondetur, quod eligere viam tutiorem consilij est, non præcepti. Alias oporteret multos ingredi Religionem, in qua tutius vivitur, quam in seculo. Non ergo de necessitate oportet tutiorem eligere: quia etiam alia via potest eligi tuta. Sicut enim diversæ viæ tendunt ad unam Civitatem, licet una tutior alia sit: sic ad Civitatem Cœlestem alius sic, alius sic vadit, & tute, licet aliquis tutiori modo.* Así tambien el Beato Clavasio V. *Opinio pag. mihi 319.* En esta atención.

9 Aseguran ser licito el uso de la opinion ciertamente probable, quando se trata de lo honesto, y licito de la accion, como dicho es, aunque sea menos segura, y se tenga por menos probable, que su contraria, Luis Caspense *de Conscient. disp. 3. Sess. 2. num. 15.* Pedro Catalani *ibi quest. 1. cap. 3. num. 3.* Layman *lib. 1. tract. 1. cap. 5. §. 2.* Sabino Bonon. *tract. 2. á pag. 20.* El Abad Leonardo *Caso 3. á num 11.* Vericelli en las *Quest. Moral. y Leg. tr. 2. quest. 10.* Giribaldo *tr. 1. dub. 7. á num. 48.* Torrecilla *in Sum. tom. 1. cap. 5.* Mastrio *in 2. Sent. disp. 5. quest. 2. art. 1. á num. 45.* Y en la *Sum. disp. 1. quest. 4. art. 1. num. 63.* Holzman *tr. 1. de Conf. art. 1. á num. 130.* Krisper *tom. 2. disp. 8. de Conf. quest. 3. á pag. 131.* Reuter *de prob. part. 1. tr. 2. quest. 5.* Ferraris V. *Conscientia num. 78.* Y para abreviar, Diana, Antonio à Candelaria, Reiffenstuel, Calfiano à Santo Elia, Viva, Palao, Suarez, Francisco Bordono, Gobat, Potestas, Sayro, Pelbarto, Sfondrato, Montefinos, Camachèo, Ducallio, Lupo, Herinx, Lugo, Poncio, Azor, Cardenas, Bofsio, Lezana, Portel, Bonacina, Thomàs, y Juan Sanchez, Feliu, Vicente Candido, Eligio Basseo, Clericato, Morando, Terilo, Pedro Marchant, Sporer, La Croix, Medina, Lopez, Bañez, Joannes à Santo Thoma, Salon, Reding, Vazquez,

42

quez, Valencia, Caramuel, Conninch, Arriaga, Oviedo, Bardo, Serra, Acqueto, Amico, Isambetto, Abelio, Acacio de Velasco, Henriquez, Aragon, Salas, Lelsio, Maldero, Pedro Navarra, Garcias, Reginaldo, Pasqualigo, Merolla, Soto Mayor, Castillo, el V. Señeri, Gonzalez Matheo, y otros muchos con Roncaglia, el qual *tr. 1. de Act. hum. dub. 2. quæst. 3. pag. 3.* añade en la Regla practica, que aunque en sus primeros tiempos no estuvo por esta opinion, las experiencias del Confesionario le enseñaron despues, que cumplia con su conciencia, conformandose con opinion fundada, sin meterse à Juez, sobre si era mas, ó menos probable. Ni de lo dicho disiente nuestro Santissimo Padre Benedicto XIV. en su *Apostolica Constitucion* de 26. de Junio de 1749. §. 21. en que amonesta à los Confesores, para que en los casos dudosos, consulten à los Authores de mas solidez, y elijan la sentencia, que persuade la razon, y y corrobora la authoridad. Estas son sus palabras: *Ac deinde in eam descendant sententiam, quam ratio suadet, ac firmat autoritas.* No dice: *quam ratio probabiliorem suadet.* Sin duda, porque entendió, que el que procede con opinion ciertamente probable, obra licitamente; y se prueba haver sido esta su mente, con lo que voy à decir.

10 Disputase entre los Doctores, si el que por la mañana comulgó por devocion, y por la tarde cae en peligro de muerte, tan urgente, que à juicio de los Medicos, no llegará al siguiente dia, debe, ó puede recibir otra vez el Sacramento Divinissimo de la Eucharistia, por modo de Viatico? Layman, Conninch, Gonet, Fagundez, Suarez, y Lugo, à quienes siguen nuestro Bozco *disp. 4. Sect. 9. Concl. 7.* y Sabino *tr. 44. quæst. 27. num. 54.* dicen, que ni debe, ni puede, por estar prohibido à los Legos por la Iglesia, el comulgar dos veces en un mismo dia. Y aunque los Sacerdotes pueden celebrar tres Missas en el dia del Nacimiento del Señor, y de los Difuntos, esto es por especial concession. Megalia, Bressero, Hurrado, Turriano, Ochagavia, Kelisonto, Leandro, y otros, dicen, que puede, y debe; porque como la Comunión, que en tal caso hizo el Mo-

ribundo por la mañana, no fue en peligro de muerte, no satisfizo al Precepto Divino de recibir el Viatico en dicho peligro. Rencaglia, Gobat, y otros, dicen, que no está obligado; pero que puede: todo lo qual se puede ver, con otras muchas noticias à este intento, en Diana *Coord. tom. 2. tr. 2. resol. 73. 74. y 75.* en Giribaldo *tract. 4. de Eucharist. cap. 7. dub. 4.* y en Ligorio *lib. 6. tract. 3. cap. 2. dub. 2. art. 2 pag. 144.* Las referidas opiniones no pueden ser mas opuestas sobre una misma duda; pues unos dicen, que puede, pero que no debe: otros, que puede, y debe: y otros, que ni puede, ni debe. Ni el discurso humano está tan libre de bambanear en el dictamen de su mayor, ó menor probabilidad, reflexionando en la discordancia que se halla, aun entre los Santos Padres, sobre si el precepto de comulgar en el articulo de la muerte, es de derecho Divino, ó de derecho Eclesiastico, como se puede ver en el Señor San Buenaventura *in 4. dist. 12. part. 2. art. 1.* y el Sr. Santo Thomás *in 4. dist. 6. q. ult. art. 1.* y en su *Vlt. testam. part. 3. q. 80. art. 11.* segun atestigua el mismo Diana. Esto no obstante, tratando esta materia N. S. P. Benedicto XIV. en su Synodo Diocesano *lib. 7. cap. 11. num. 2.* dice, que entre tanta variedad de opinar elija el Parrocho aquella Sentencia, que mas le agrade. Luego es de sentir su Santidad, que licitamente se puede practicar qualquiera opinion (en el sentido de la question) que tiene fundamento grave, ó que es ciertamente probable. Estas son sus palabras: *In tanta opinionum varietate, Doctorumque discrepantia, integrum erit Parocho eam sententiam amplecti, quæ sibi magis arriserit.*

VIGILIA 9.

Prosigue el mismo assumpto con mas claridad, y con otras razones.

1 D. EN què se fundan los Probabilistas, à mas de lo dicho, para persuadir su Doctrina?

M. Se fundan, en q̄ basta tener opinion probable, para hacer dictamen ultimo, práctico, seguro, y ageno de toda imprudencia, y temeridad, de que la accion es honesta, ó que la

44

operacion es licita, ó que lo que se hace, ó dexa de hacer, no es pecado; pues en las cosas obscuras, y inciertas, no es facil hallar certeza, como tampoco la tiene el que obra con opinion mas probable: y assi como con opinion mas probable, puede deponer la duda practica, no obstante su incertidumbre; la puede deponer tambien con opinion menos probable: assi por los fundamentos solidos, en que la opinion estriua, como por la auctoridad de los Doctores, que dan la accion por honesta, y la operacion por licita. Ni porque una opinion sea menos probable, que su contraria, es digna de ser tenuta por improbable: como ni es digno de ser tenido por imprudente el que es menos prudente, que otro; ni es digno de ser tenido por ignorante el que es menos docto, que otro: ni es digno de no ser tenido por noble el que es menos noble, que otro: ni es digno de no ser tenido por Santo el que es menos Santo, que otro. Del mismo modo: el que una opinion sea menos probable, no hace, que sea improbable: solo hace, que no tenga tanta virtud, ni tan fuerte eficacia para mover al entendimiento, como la mas probable. Pero esto no obstante, tiene toda aquella virtud, y eficacia, que basta para mover al entendimiento, á un assenso prudente, y seguro.

2. Verdad es, que si el Operante se quisiese conformar con la opinion mas probable, y mas segura, obraría mas seguramente, segun dicen muchos Doctores; pero como no hay ley, ni precepto, que obligue á lo mas seguro, como se siga un camino seguro; tampoco hay ley, ni precepto, que obligue á conformarse con la opinion mas probable. Mas seguro es el estado del Celibato, que el estado del Matrimonio; y tambien es mas seguro el estado de Religioso, que el de Seglar: y con todo, ni el ser Seglar, ni el ser Casado, es pecado alguno. D:xe arriba, que segun dicen muchos Doctores, el que se conformaría con opinion mas probable, y mas segura, obraría mas seguramente; pero aun esto se debe entender de la seguridad material, no de la seguridad formal. Porque si hablamos de la seguridad formal, todas las opiniones solida, y verdaderamente probables, son
son

son de igual seguridad. Y es la razón: porque la seguridad formal consiste en no ponerse à peligro de pecar formalmente; y el que sigue opinion solida, y verdaderamente probable, está seguro de no cometer pecado formal. Pues, como dicho es, está cierto moralmente de que obra honesta, y licitamente, atendidos los fundamentos de la opinion, y la autoridad de los Doctores, que le aseguran, que no peca. En confirmacion de esto, dice el Señor San Antonino de Fiorencia *part. 1. tit. 3. cap. 10. §. 10. in Reg. 4. Ex his igitur, sequitur, quod in humanis agibilibus, quæ tantam habent varietatem, teste Aristotele, & experientia, sufficit talis certitudo, quæ non semper scrupulos omnes abjiciat, sed sufficit ut contemnet, seu superet eos. Ad quod etiam optime facit illud Leonis Pape, dicentis: In his, quæ dubia fuerint, aut obscura, id non verimus sequendum, quod nec Præceptis Evangelicis contrarium, nec Decretis Sanctorum Patrum inveniatu adversum, dist. 14. cap. sicut quædam. Ista autem certitudo moralis colligitur ex uno trium modorum: Videlicet, ex alterius auctoritate, quod pertinet ad Incipientes, qui scilicet erudiuntur per alios in doctrinis, & addiscunt, & obediunt, juxta illud Deuteronom. 32. Interroga Patrem tuum, & annuntiabit tibi; Major est tuus, & dicent tibi. Secundus modus est ex propria eruditione, quod congruit Proficientibus studendo in Scripturis, juxta illud Proverb. 27. Stude sapientiæ fili mi. Tertius modus est ex circumspectione circumstantiarum, & hoc quoad Perfectos.*

3. Mejor lo entenderémos, si observamos, que los Sumos Pontifices, en algunas ocasiones, han seguido, y practicado opinion menos probable, y menos segura, dexando la mas probable, y mas segura. En esta atencion, omitiendo muchas dispensas, q̄ se conzienen en los Sagrados Canones, y parecen de esta naturaleza, como notan Bonacina, Krisper, Torrecilla, Mastrío, y otros de los citados en la precedente Vigilia; no hay duda, en que han dispensado muchas veces en el Matrimonio Rato, siendo mas probable, que es indissoluble por Derecho Divino, como asienta Reiffenstuel *lib. 4. Decret. tit. 19. §. 1. num. 3.* con San Buenaventura *in 4. dist. 27. quæst. 2. art. 3.* Escoto *in 4. dist. 31. quæst. 1.* Solo *in 4. dist. 27. quæst. 1. art. 4.* donde dice, que la

46

la sentencia contraria no tiene sombra de probabilidad; y Pedro de Ledesma, citado del mismo Reiffenstuel, con otros, dice, que es improbable. Del mismo sentir fue el Angelico Doctor Santo Thomàs 3. part. quest. 67. art. 1. apud Ligorium lib. 6. tr. 6. cap. 2. dub. 3. n. 956. Y aunque en estos tiempos, se tiene ya por mas probable, que puede el Sumo Pontifice dispensar en el Matrimonio Rato, como dice Holzman tr. 2. de Matrim. cap. 3. arr. 2. §. 2. num. 371. con Cleticato, y Pichler, no parece debemos poner duda, en que quando los Sumos Pontifices comenzaron á dispensar en el, corría por mas probable la opinion de los que dicen, que no puede dispensar; fundados en aquella razon del Serafico Doctor S. Buenaventura, que assi como el Matrimonio Consumado no se puede dissolver sino por la muerte corporal, tampoco el Matrimonio Rato se puede dissolver, sino por la muerte espiritual, como es la Profesion religiosa, ô el voto solemne de Castidad. De suerte, que Innocencio VIII. ingenuamente confesò, que èl no podía dispensar en el Matrimonio Rato, como lo testifica Abbas num. 14. in cap. 7. de Convers. Conjug. Y alegandole cierto Principe, que le pedía la dispensa, la Glossa sobre el cap. citado, respondió el Papa: *Maledictus, qui te docuit*: como refiere con el citado Abbas, Ursaya tom. 2. part. 1. discep. 3. Y Innocencio III. in cap. 14. de Convers. Conjug. dice, que el Matrimonio de presente, qual es el Rato, no se puede dissolver, sino por Divina revelacion. Esto no obstante, dispensaron en el Matrimonio Rato Gregorio VII. Adriano IV. Martino V. Eugenio IV. Paulo III. Julio III. Pio IV. San Pio V. Gregorio XIII. Clemente VIII. Paulo V. Urbano VIII. Innocencio X. y por fin, el año de 1720. dispensó Clemente XI. como atestiguan los citados Mastrio, Leonardo, Ferraris, Torrecilla, Acacio de Velasco, y mas abundantemente, que todos, el referido Holzman, y Ursaya á num. 5. Luego, ô estos Sumos Pontifices pecaron, siguiendo opinion menos probable, y menos segura, y decir esto fuera temeridad; ô es licito el seguir opinion menos probable, y menos segura, dexando la mas probable, y mas segura.

4 A más de esto: si siempre que hubieramos de obrar con opinion, que favorece à la libertad, hubieramos de buscar la mas probable para seguirla, para proceder con seguridad, fuera esto imponer à los hombres una carga moralmente imposible: pues para esto era necesario examinar las razones intrínsecas, en que las opiniones se fundan; era tambien menester conferir las autoridades de los Doctores entre sí diversas, y practicar otras diligencias expuestas à perplexidades, peligros, y continuos escrúpulos. La razon de esto me parece grave: porque el que está obligado al fin, está obligado à poner los medios: luego si no podemos seguir la opinion menos segura, sino en caso de que sea mas probable, estariamos obligados à examinar, averiguar, y saber, si la opinion menos segura, que seguimos alguna vez à favor de la libertad, es mas probable, ó no, que su contraria. Esto es sin duda moralmente imposible: y bastante fundamento ofrece para afirmarlo la misma discordancia de los Doctores, y aun de los Santos Padres, en la resolucion de los dubios. Y hemos de persuadirnos à que Dios nuestro Señor, ó nuestra Santa Madre la Iglesia nos quieran obligar à un imposible? Lo contrario entiendo yo, enseñado del Señor San Antonino de Florencia *part. 1. tit. 1. cap. 10. §. 10. penes medium*, donde dice: *Secunda doctrina, secundum virtutem Epikeia, est, quod nec Deus, nec Ecclesia per sua præcepta intendit obligare ad vix possibile alicui. Cum enim secundum regulam juris, nemo possit ad impossibile obligari: non solum dicitur impossibile, quod absolutè non est possibile, sed etiam videtur interpretandum, secundum virtutem Epikeia, in lege nova esse impossibile quod vix est possibile; ut puta nimiam habens difficultatem. Alias quomodo salvabitur illud: onus meum leve. Matth. 11.*

5 D. No parece esto tan imposible como aqui se pinta: pues à ello yà responden muchos de los Anti-Probabilistas, q̄ la opinion mas probable, quando es mas segura, que estamos obligados à seguir, es aquella, que se nos representa, y se nos propone como tal, esto es, como mas verosimil, y mas conforme à la verdad: y esto bien se puede conseguir, sin tan extraordinario estudio.

48

M. Si así es, y con responder á esto así, se allana el camino del Probabiliorismo, quisiera yo saber, si la opinion mas probable, que debemos seguir, quando es mas segura, es aquella, que se nos representa como tal despues de haver conferido exactamente la doctrina de los Doctores, ò sin hacer tal examen? Si lo primero: estamos en lo mismo, que antes: porque lo mismo es decir, que estamos obligados à seguir la opinion mas probable, haciendo exacto examen de los Doctores, opuestos entre sí, en su doctrina, que decir, que estamos obligados à un estudio extraordinario. Pero si los que así opinan, nos quieren decir, que estamos obligados à seguir la opinion, que se nos propone, ò representa mas probable, quando es mas segura, solo porque así se nos representa, y propone, quien no vè los grandes inconvenientes, que indispensablemente se han de seguir de aqui? Propongo el siguiente caso.

6. Supongamos, que en un Curato hay para su Administracion un Cura, y un Theniente de Cura, zelosos, y timoratos, ambos Probabilioristas; pero con esta diferencia, que el Cura es muy docto, y practico en los Autores Magistrales; y el Theniente tiene solamente la competente suficiencia, ò una ciencia mediocre, ò que tambien es muy docto, que para el caso, todo es uno. Es el Cura puntual en explicar la Doctrina los Domingos, y siguiendo la doctrina de muchos Doctores graves, dà por licito cierto genero de tratos, assegurando, que en ellos no hay usura; y de otros dice, y asegura, que son ilicitos; pero, que aunque los Contratantes han pecado, no están obligados à restituir. Uno, y otro asegura el Cura teniendo lo mas probable, porque así lo concibe con autoridad, y razones de gravísimos Autores; teniendo por menos probable lo que dicen otros, que enseñan, que el tal trato es usurario, y que en los otros, à mas de ser ilicitos, hay obligacion de restituir. Ván despues los Feligreses à confesarse con el Theniente de Cura, y este tiene el trato por usurario, y juzga tambien, que en los otros, hay obligacion de resti-

restituir; y uno, y otro se le propone, y representa por mas probable, por lo que ha leído en los pocos, ò muchos Autores, que ha manejado. Què hará el Theniente de Cura en estos casos? Si absuelve à los Penitentes, peca; pues obrará, y procederá contra el dictamen de su conciencia. Es claro: porque esta le dicta, que no es licito conformarse con opinion menos probable, y el tiene por menos probables las opiniones, que el Cura ha enseñado à sus Feligreses, y como tales se le proponen, y representan. Si no absuelve à los Penitentes, quien dirá, que procede con indisputable prudencia? Y si à esto se agrega el que los Penitentes le repliquen, que la doctrina, que siguen, es doctrina de su Cura, administrada al pie del Altar, ó en el Pulpito, y con todo, el dicho Theniente no puede assentir à ella, porque la concibe por menos probable, y juntamente, que no debe, ni puede seguir la opinion del Penitente, y les niega la absolucion, porque ellos quieren conformarse con la del Cura, y no con la del Theniente, què inconvenientes no le seguirán de aqui?

7 El Cura predica, y asegura, que el peligro verdadero de perder el principal, es titulo suficiente para reportar interés en el mutuo, porque lo tiene por mas probable, que lo contrario; y sus Feligreses no escrupulizan en ello, fiados en la doctrina de su Cura. El Theniente de Cura tiene por mas probable, que el reportar interés en tal caso, es usura, porque así lo ha leído en no pocos Autores, y no halla como acomodarse á la opinion contraria, reflexionando en lo que dicen algunos de ellos, que ni la Sagrada Escritura, ni los Santos Padres, hicieron jamás mención de tal titulo, ò motivo, para reportar interés. Con que una de dos: ò es preciso, que el Theniente niegue la absolucion à los Penitentes, y los obligue à creer, que la doctrina de su Cura es ilusoria, y falsa; ò que se aplique à leer largamente la Escritura Sagrada, y Santos Padres, para ver si hallará salida à los fundamentos, que le obligan à tener su opinion por mas probable. Si hace lo primero; què dirán los Penitentes de su Cura? Què concepto harán de

50

los demás asuntos, que les predica? Si hace lo segundo; es lo mismo en buen romance, que decir, que está obligado á un estudio extraordinario, y moralmente imposible: pues siguiendo la opinion que se le propone por mas probable, no halla modo sin extraordinario estudio, para cumplir con su ministerio. Lo mismo se puede parificar en varios casos cuestionables, como veremos en su lugar.

8 D. No obstante, dice el Ilmo Geneto *tom. 1. tr. 1. c. 6. quest. 6. pag. 63.* que la opinion menos segura, y mas probable en concurso de la mas segura, y menos probable, siempre es segura; pero la menos probable, menos segura, en concurso de la mas probable, mas segura, no es probable. Y dà la razon: porque la menos segura fundada en mayor probabilidad, es moralmente cierta, por juzgarse mas conforme à la verdad del precepto. Pero la menos probable, menos segura, no es moralmente cierta, ni puede serlo; pues siendo contraria à otra opinion, que parece mas verdadera, es verosimilmente falsa; porque la verdad consiste en indivisible, y quando se vé en un lugar, es preciso, que en el otro se vean la falsedad, ò la mentira. Fuera de que, el que sigue la opinion mas probable, menos segura, hizo lo que pudo para averiguar la verdad; pero el que sigue la menos probable, menos segura, no hizo lo que pudo: y por lo mismo, el primero no peca siguiendo opinion menos segura; pero el segundo peca, porque usa de un medio menos conforme à la verdad del precepto. Es muy familiar este modo de discurrir entre los Anti-Probabilistas, y de èl deduce Concina *tom. 1. Comp. lib. 2. dissert. 2. c. 3.* el siguiente Sylogismo, que tiene por ineluctable, contra el Probabilismo: Es articulo de fé, que el Evangelio de Christo, que es la Regla cierta, y segura, que Dios nos ha señalado para dirigir nuestra conciencia, contiene la verdad pura, con exclusion de toda falsedad. Los Probabilistas enseñan ser licito el uso de dos proposiciones contradictorias, de las cuales, si una es verdadera, la otra necessariamente es falsa. Luego la doctrina de los Probabilistas es Anti-Evangelica. Y tanta fuer-

za concibe el dicho Author en este argumento, y otros que hace, que en el *rom. 2. del mismo Comp. lib. 11. disert. 3. cap. 1. §. 4. num. 2. pag. 185.* dice, que para que el Confessor dirija seguramente á sus Penitentes, debe guardarse de dos extremos, y que estos son el *Jansenismo*, y el *Probabilismo*.

M. Dificil es de entender, y mas dificultoso de probar, el q̄ la opinion menos segura, en concurso de la mas segura, no dexé de ser segura, y que la menos probable, en concurso de la mas probable, dexé de ser probable; si no se prueba, q̄ la mas probable no puede ser falsa, ò que es moralmente cierta directamente, con certeza suma, y sin acto reflexo, ò que es verdadera, con razones claras, y evidentes, q̄ clara, y evidentemente excluyan toda mentira, y falsedad. En este caso, si concedo yo, y concederàn todos, que quando la verdad se vé en un lugar clara, y evidentemente, se descubre, y vé en el otro la falsedad, y mentira; pero quando la verdad solo se vé por conjeturas, que aunque sean mas fundadas, que las contrarias, están expuestas á ser falsas, no te inferiré tal cosa; porque en tal caso no se vé la verdad, sino la verisimilitud; lo qual es muy distinto, como se dixo en la *Vigilia 7. num. 12.* Lo que solo se infiere es, que así los Anti-Probabilistas, como los Probabilistas, han hecho, y hacen lo que pueden para averiguar la verdad; y que al fin, unos, y otros se han quedado sin saberla, para que conozcan que son hombres. Que la opinion que se nos representa mas probable, se nos proponga mas conforme al precepto, ò como mas verosimil, todos lo confesamos: pero que por esto la opinion solida, y verdaderamente probable sea contraria al precepto, ni se infiere, ni hay razon que lo convenza. Ni tampoco hay razon, que suficientemente persuada à que los motivos, y fundamentos de la opinion mas probable, sean bastantes para un juicio reflexo moralmente cierto, y no lo sean los de la opinion solidamente probable, siendo, como son motivos solidos, y graves. Mejor se entenderà con la siguiente instancia.

9 Es Artículo de fé, que el Evangelio de Christo, que
Dios

52

Dios nos ha señalado para Regla de nuestras conciencias, contiene la verdad pura, con exclusion de toda falsedad. Los Probabilioristas dicen ser licito el uso de dos proposiciones contradictorias, una mas probable, y menos segura, otra mas segura, y menos probable, de las quales, si una es verdadera, la otra necessariamente es falsa. Luego si el referido modo de arguir es recto, y legitimo, tambien la doctrina de los Probabilioristas es doctrina Anti-Evangelica. Una de dos: ò la opinion mas probable, clara, y evidentemente excluye la falsedad, y esto es falso; ò este Sylogismo es tan ineluctable como el primero: y prueba, que para dirigir el Confessor seguramente à sus Penitentes, y apartarlos de todo peligro de pecar, no solo debe evitar el *Transensismo*; sino tambien el *Probabiliorismo*.

10 Con todo, si alguno quisiera tener este argumento por insoluble, facilissimamente responderàn los Probabilioristas, que en caso; que la opinion mas probable sea falsa alguna vez, como lo puede ser, no enseñan por licito, ni siguen como tal, el uso de la falsedad, porque proceden siguiendo la opinion con ignorancia invencible. Y esto mismo dicen los Probabilistas, que en caso de que la opinion solida, y verdaderamente probable, sea falsa alguna vez, como lo puede ser, no enseñan como licito, ni siguen como tal, el uso de la falsedad; pues proceden con ignorancia invencible. Si se replica, que la opinion menos probable està mas expuesta à ser falsa, que la mas probable: replicarè tambien, que para que quede en su fuerza la propuesta instancia, basta que la opinion mas probable pueda ser falsa alguna vez, lo qual es inegable: y el Evangelio de Christo, ni una sola vez permite la falsedad, para Regla de nuestra conciencia. Fuera de que, yo no concederè tan facilmente, que la opinion mas probable solo rara vez pueda ser falsa: pues la mayor probabilidad pende del modo, con que los hombres conciben las razones, y fundamentos de la opinion: y es mucha nuestra ignorancia, aun despues de muchas diligencias, y desvelos para averiguar la verdad.

11 D. Según esto, si aquella Maxima: *En las dudas se ha de seguir la parte mas segura*; fuera de precepto, y no de consejo, así los Probabilistas, como los Probabilioristas deberían observarla.

M. A mi así me lo parece: porque la parte mas segura, solo la siguen aquellos, que siguen la opinion, que favorece al precepto, ò á la ley, aunque esta sea mucho menos probable, que la que favorece à la libertad.

12 D. Con todo, parece que los Probabilistas se exponen à mayor peligro de pecar, que los Probabilioristas, puesto que quieren favorecer à la libertad con opinion menos probable, que la que favorece à la ley, lo qual es contra aquella Maxima del Espiritu Santo *Eccles. cap. 3. Qui amat periculum peribit in illo.*

M. Niego el supuesto: pues ni unos, ni otros se exponen à peligro formal de pecar, ò de pecar formalmente; pues proceden prudentemente, y con dictamen práctico, seguro, y moralmente cierto de la licitud de su operacion, porque tienen fundamento grave, y solido de que lo que hacen es licito. Verdad es, que se exponen à peligro de pecar materialmente, por ser la materia de sí obscura, y confusa, y se pueden engañar, y quebrantar la ley, ò el precepto; pero esta culpa no es imputable, pues los pecados materiales son comunes hasta los hombres Santos. Que fuera del genero humano, si Dios nuestro Señor huviera de castigar los pecados materiales? Nadie ignora, que estos tienen su origen de la ignorancia invencible, y por lo mismo, ni gravan la conciencia, ni quitan la gracia, segun atestigua la comun de las Escuelas, y Doctores. El texto alegado se debe entender del pecador de corazon duro, que no quiere dexar el pecado, y desprecia el peligro de su ruina: ò del que à sabiendas se pone en peligro proximo de pecar, al qual se sigue el pecado con moral infalibilidad: cuyo peligro es muy distinto del de nuestro caso.

13 D. Como podrá hacer, el que se conforma con opinion menos probable, y menos segura, dictamen práctico, y

54

moralmente cierto, que no peca en lo que hace, ó dexa de hacer, no estando cierto, sino dudoso especulativamente, de si hay ley, ó precepto, que le prohiba, ó le permita la accion?

M. Pondré un discurso practico sobre la bebida del chocolate en dias de ayuno, en cantidad, que exceda materia parva, la qual, segun muchos Doctores, quebranta el ayuno, y segun otros, no lo quebranta, de esta manera. Prudentemente juzgo, que no peço, bebiendo en dia de ayuno una bebida, que segun muchos hombres doctos, fundados en razones graves, se puede beber licitamēte, ó sin quebrantar el ayuno. Son muchos los hombres doctos, que fundados en razones graves, dán por licita la bebida del chocolate en dia de ayuno, afirmando que no lo quebranta. Luego licitamente la puedo beber. La consecuencia de este Sylogismo es moralmente cierta, y suficiente para assegurar se el que bebe chocolate, de que no peca. No con certeza moral suma, que excluye la falsedad, al modo que tenemos certeza de que hay Madrid: sino con certeza moral media, ó infima; que admite rezelo de si la opinion contraria será, ó no será verdadera; ó duda especulativa de la verdad de la opinion contraria, como con Gerson, y Pensativo, dice al intento Verricelli en las *Quest. Moral. y Legal* tr. 2. *quest.* 13. n. 2.

14 Y si preguntas, como el entendimiento puede à un mismo tiempo, tener rezelo de la verdad, y certeza moral de ella, sobre un mismo objeto? Respondo, que la certeza, y rezelo, no miran à un mismo objeto, sino à distintos. Porque el rezelo mira al juicio directo de la probabilidad, que es especulativo; pero la certeza mira al juicio reflexo de su uso, que es practico. El rezelo es de la verdad de la opinion: la certeza es de la licitud de su uso. De suerte, que una es la verdad de la opinion, y otra la verdad de su honestidad: y assi el rezelo, y la certeza no son sobre un mismo objeto. Por fin: el que obra con opinion solida, y verdaderamente probable, aunque obre con duda especulativa, no obra con duda practica de la licitud de su operacion: aunque no tenga seguridad material, tiene seguridad formal de la honestidad de su accion: aunque se exponga à peligro de

de pecar materialmente, no se expone â peligro de cometer pecado formal: aunque no tenga certeza phisica de que no quebranta la ley, ô el precepto; tiene certeza moral. Y por consiguiente, obra licita, y prudentemente, aunque no quiera examinar, si la sentencia contraria â la que sigue, es mas probable; ô aunque conofca, ô le parezca, que tiené mayor probabilidad. Siendo de advertir, que aun en los casos, en que examinando feriaméte la probabilidad de las opiniones, le parecerâ, que una de ellas es mas probable; regularmente hablando, no tendrá seguridad de la mayor probabilidad; ô tendrá dictamen cõcomitante, que lo hará rezelar, si la contraria es igualmente probable, ô mas probable: si yâ no es, que de la mayor probabilidad, conste por definicion de nuestra Madre la Santa Iglesia, conforme se dirâ en la Vigilia siguiente *num. 5.* Y por conclusion, si por no tener el Subdito seguridad de la mayor probabilidad, con que juzga ser pecado lo que el Prelado le manda, puede, y debe deponer su opinion, y obedecer al Prelado, como sienten muchos Anti-Probabilistas; porque no la podrâ deponer en otros casos, en que, aunque le parezca mas probable una opinion, no tiene de ello seguridad? Yo juzgo, que la presente dificultad es mucho mas ruidosa en la especulacion, que en la practica.

VIGILIA 10.

Se resuelve en que casos no es licito seguir opinion probable.

1 *M.* **N**O obstante la licitud del uso del Probabilismo fundado, y solido, hay varios casos en que no es licito seguir opinion menos probable; y en algunos tampoco es licito seguir opinion mas probable, ni aun probabilissima, dexando la mas segura, como se dirâ por su orden. En cuya atencion.

2 Digo lo 1. En materia de nuestra Santa Fè Catholica, no es licito seguir opinion menos probable, dexando la mas probable, como consta de la Proposicion 4. condenada por N. S. S.

P.

56

P. Innocencio XI. que decía: *Ab Infidelitate excusabitur Infidelis non credens, ductus opinione minus probabili.* Y la razón se toma de la discordancia, que media, entre la materia de costumbres, y materia de nuestra Santa Fè. Pues en las materias Morales, ó pertenecientes à las costumbres, aun despues de diligentes averiguaciones, no se puede encontrar con la verdad; y por lo mismo, esta ignorancia es invencible. Pero en las materias de nuestra Santa Fè, el docto, sin mucha dificultad, hallará las señales evidentes de la credibilidad; y el que no fuere docto, será ilustrado especialmente por Dios nuestro Señor, si seriamente busca la verdad, y no pone obice: y por lo tanto, la ignorancia en este caso, fuera vencible, y culpable.

3. Digo lo 2. Quando la opinion menos probable, es notablemente menos probable que su contraria, tampoco es licito seguirla. Y es la razón, porque la opinion notablemente menos probable, carece de fundamento, para inclinar al entendimiento à un assenso prudente. De suerte, que en la practica, lo mismo es opinion notablemente menos probable, que su contraria, que opinion tenuemente probable, como dice Amort *tr. 1. §. 3. q. 18. pag. 16.* Y que no sea licito seguir opinion tenuemente probable, consta de la Proposicion 3. condenada por el mismo Innocencio XI. que decía: *Generatim dum probabilitate, si ve intrinseca, si ve extrinseca, quantumvis tenui, modo à probabilitatis finibus non exeat, confisi, aliquid agimus, semper prudenter agimus.* Bien, que no repugna el que una opinion, que en unas circunstancias es de tenue probabilidad, sea en otras circunstancias ciertamente probable, como advierten el Dr. Hebas explicando dicha condenada, y Sanchez de Matrim. *disp. 36. n. 8.* Vease tambien nuestro Gonzalez Matheo *tr. 2. §. 5. n. 37.*

4. Digo lo 3. Tampoco es licito seguir opinion menos probable, quando la menor probabilidad estriba en la autoridad de algun moderno, que establece su opinion sin fundamentos solidos, y robustos. Consta de la Proposicion 27. condenada por N. SS. P. Alexandro VII. que decía: *Si liber sit alicujus junioris, & moderni, debet opinio censeri probabilis, dum non constet*

re-

rejeſtam eſſe à Sede Apoſtolica tamquam improbabilem. Pero advierte Giribaldo con otros que cita *tr. 1. cap. 3. dub. 6. num. 41.* que en eſta condenada, no ſe comprehende la opinion, que un Doctor particular eſtablece en razones ſolidas, y robuſtas; dando ſolucion cabal á los fundamentos contrarios: ſino que ſolo ſe comprehende la opinion de un Author particular moderno, que carece de las dichas circunſtancias. En cuyo caſo, aun quando la opinion no eſtuvia condenada por la Igleſia, no ſe debe tener por probable; por falta de fundamento grave: ó ſolo ſe puede tener por probable, con probabilidad de impunidad, como dicen otros.

5 Digo lo 4. Tampoco es licito ſeguir opinion probable, quando, aunque algunos Doctores la tengan por tal, nueſtra Santa Madre la Igleſia, ſin declarar que es probable, declara la contraria por mas probable. Y es la razon, porque en eſte caſo, la opinion definida por la Igleſia por mas probable, ſin definir la contraria por probable, es cierta, con certeza moral, no infima, ni media, ſino ſuma: y aſſi la contraria es falſa. Pongo un exemplo en el Concilio Vienenſe, en el qual ſe definió por mas probable la opinion que decia, que por el Bautiſmo ſe infunden la gracia, y las virtudes, por modo de permanencia, aſſi á los Parvulos, como á los Adultos. Eſtas ſon ſus palabras: *Opinionem ſecundam, quæ dicit, tam parvulis, quam adultis conferri in Baptiſmo informantem gratiam, & virtutes, tamquam probabiliorem, & dictis Sanctorum, ac Doctorum modernorum Theologiæ magis conſonam, & concordem, Sacro approbante Concilio, duximus eligendam.* Definida pues, eſta opinion por mas probable, por el referido Santo Concilio, ſin definir la contraria por probable, no ſe debe tener como quiera por mas probable, ſino por cierta en tal grado de certeza moral, que la contraria ſe debe juzgar por falſa: y no pocos la tienen ya oy por heretica, fundados en el Santo Concilio Tridentino *ſeſſ. 6. cap. 7.* donde dice: *In ipſa juſtificatione cum remiſſione peccatorum, hæc omnia ſimul infuſa accipit homo, &c.* Ni vale decir, que la declaracion autentica de que una opinion es mas probable, ſupone que ſu contraria es probable.

58

ble. Y es la razon, porque como entre el ser, y no ser de una misma cosa, no hay conexion necessaria, tampoco la hay, entre el motivo que persuade el ser, en el qual estriva una opinion, y el motivo que persuade el no ser, en el qual debiera estrivar la opinion contraria, como mas latamente, citando à La Croix, y Babenstuber, dice, y prueba nuestro Holzman *de Conscient. disp.* 3. cap. 1. num. 122. y añade, que es comun. Bien, que à la opinion mas probable, en tales casos, la llama moralmente cierta, como dicho es, à lo menos respectivamente, ò equivalentemente.

6 Digo lo 5. Quando la opinion tenuta por menos probable, es conocidamente laxa, y peligrosa, tampoco es licito seguirla. Y es la razon, porque la dicha opinion carece de fundamento grave, y asì no es ciertamente probable. Y por lo que mira à nosotros, pide oy mucho tiento este assumpto, segun lo mandado por N. Rmô. P. Ministro General Fr. Pedro Juan de Molina, en su Patente dada en Roma à 4. de Octubre de 1762. conforme à lo determinado en el Capitulo General celebrado en Mantua en el mismo año, donde dice, y ordena su Rmâ. que los Ministros Provinciales corrijan, y castiguen à los que enseñan, y practican *minus probabiles, laxas, & periculosas doctrinas*. Pero no por lo dicho se infiere, que prohibe la doctrina, y practica de las opiniones probables, ciertamente probables, pues si asì fuera, no añadiera aquellas palabras *laxas, & periculosas*, segun la Regla 33. del Derecho Can. *Plus semper continet quod in se est minus*. Y la 110. del Derecho Civil: *In eo quod plus sit, semper inest quod est minus*. Y la 113. *In toto pars continetur*.

7 Digo lo 6. El Medico no puede licitamente seguir opinion menos probable, y menos segura, dexando la mas probable, ò mas segura, si la conoce. Y es la razon, porque el Medico, por razon de su officio, y de un tacito contrato, debe procurar la salud del Enfermo, del mejor modo que conosca: ò bien nascas esta obligacion de la ley de la charidad, como dicen muchos; ò de la charidad, y juntamente de la justicia, como quieren otros. De lo qual se infiere, que el Medico, que exercita su ofi.

oficio, y no sabe su obligacion, està inabsoluble. Infierese tambien, que si concurren muchos Medicos á visitar á un Enfermo, y uno de ellos sabe una Medicina, de la qual tiené certeza, que le aprovechará al Enfermo, y observa que los medicamentos, que los otros Medicos le propinan, son menos buenos, y menos eficaces, no debe, ni puede consentir con el dictamen de los otros. Lo que en este caso debe hacer, es exponer su sentir á los demás con humildad, y buena crianza, para que conocida la verdad, ni él, ni los otros, sigan opinion menos segura en daño de tercero. Vease á *Krisper tr. 6. de Conscient q. 4. prop. 3. n. 6.* y es comun.

8 D. Y si el Medico no halla medicamento cierto, y seguro, podrá rezetar al Enfermo un medicamento probable?

M. Si rezeta el medicamento para hacer experiencia, dan por cierto los Doctores, que ni aun por el bien publico, es licito el rezetarlo, aunque sea en caso de enfermedad desesperada. Y es la razon, porque no es licito hacer experiencia, ò adquirir ciencia, con peligro de la muerte del proximo, ò de abreviarle la vida. Pero si el Medico en este caso, duda, si la medicina probable aprovechará al Enfermo, y està cierto que nõ le hará daño, no solo puede; sino que debe rezetarla. Mas si igualmente duda, si le aprovechará, ò dañará, hay variedad de opiniones. Inclínome á la que dice, que es mas conforme á prudencia rezetar un medicamento dudoso, con alguna esperanza de que aproveche, que dexar morir el Enfermo, sin medicamento alguno. Lo qual tiene mas lugar, si el Enfermo, ò sus parientes, consintieren en dicho medicamento dudoso; y mucho mas, si lo aprobaron otros Medicos. Assi Sanchez, Layman, Valencia, y otros que sigue Verricelli en las *Quest. Moral. y Legal. tr. 2. q. 43.* Leonardo Jansen *Caso 3. num. 10.* y Ligorio *lib. 1. tr. 1. cap. 2. dub. 2. à num. 28.* y es bastante comun. Reparen en esto aquellos Medicos, que si el Enfermo llama otro Medico, se dan por sentidos, y no buelven à verlo. Es prueba de que pensando saber mucho, ò demasiado, no saben su obligacion.

60

9 D. Y si el Enfermo no quiere, ò no puede pagar los medicamentos mas ciertos, ò mas seguros, porque son muy costosos, podrá el Medico usar de otros medicamentos menos ciertos, y menos seguros?

M. Respondo que si con tal, que el medicamento menos cierto, no sea para hacer experiencia, como ya queda dicho: y por otra parte conofca, que el medicamento menos cierto puede aprovechar al Enfermo, y que no le hará daño. Veafe Ferraris V. *Conscientia à num* 92. De los pecados de los Medicos por ignorancia, negligencia, y por malicia, trata latamente el Señor San Antonino *part. 3. tit. 7. cap. 2. §. 1. & §. 7.* y adviérto, que lo resuelto tocante à los Medicos, se estiende tambien à los Cirujanos.

10 Digo lo 7. Quando se trata del valor de algun Sacramento, no es licito seguir opinion menos, ó mas probable, dexando la mas segura. Consta de la Proposicion 1. condenada por nuestro Santísimo Padre Innocencio XI. que decía: *Non est illicitum in Sacramentis conferendis sequi opinionem probabilem de valore Sacramenti, relictatutiore.* La razon es, porque la probabilidad mayor, ò menor, no puede hacer que sea materia, ò forma del Sacramento, lo que no es forma, ni materia. Y así, si en realidad de verdad no lo fuera, el Sacramento sería nulo, sin que la probabilidad lo hiciera valido.

11 D. Luego el Confessor no puede absolver al Penitente que solo está probablemente dispuesto; pues la disposicion del Penitente, en la sentencia mas comun, es materia del Sacramento de la Penitencia.

M. Respondo negando la consecuencia, porque la sentencia que dice, que se puede absolver al Penitente probablemente dispuesto, no solo es probable; sino cierta moralmente, y segura en la practica. Ni es de presumir, que mirando à la utilidad, y bien del Penitente, instituyesse Christo Señor nuestro este Sacramento con otra obligacion de parte del Ministro, que no lo quiso obligar à una diligencia exquisita, y metaphysica; sino humana, y moral. Angelicamente dixo à este

este intento el Sr. Santo Thomàs, que no hemos de buscar certeza en todas las cosas, sino segun el modo, que pide cada materia, como observan Cardenas, Illung, y La Croix seguidos de Ligorio *lib. 1. tr. 1. cap. 2. dub. 2. num. 30.* y lo confirma nuestro Beatò Angel de Clavasio *V. Opinio pag. mihi 319. col. 2.* donde dice: *Disciplinati est in unaquaque re certitudinem querere juxta exigentiam materia. Æque enim vitiosum est persuadentem querere mathematicum, & moralem demonstrantem.* Es tambien doctrina del Señor San Antonino *part. 1. tit. 3. cap. 10. §. 10. in Reg. 4. circa fin.* Lo mismo se ha de decir del Confessor que absuelve con formal jurisdiccion probable, como veremos en su lugar. La razon es, porque la opinion que dice, que el Confessor puede absolver con jurisdiccion probable, tambien es cierta moralmente, y segura. Y el Papa en la sobredicha condenada, no condena el uso de la opinion segura, y cierta, sino de la probable. Gonzalez Matheo *tr. 2. §. 5. num. 77.* Verri-cellii *tr. 2. q. 5.* Giribaldo *de Pœnit. cap. 13. dub. 11. n. 79.* con muchos que citan, y los siguen Sabino *tr. 67. n. 52.* y otros comunmente.

12 Digo lo 8. Tampoco es licito seguir opinion probable, en caso de incomprobabilidad, ó quando de seguir dos opiniones probables opuestas, ciertamente se sigue el quebrantar la ley, ò el precepto. Pongo un exemplo. El que el Sabado de Vigilia oye dár las doze de la noche á un Relox, que regularmente vá bien ordenado, ya puede licitamente comer carne, haciendo juicio prudente que es Domingo: porque el Relox bien ordenado hace opinion probable. Pero si despues de haverla comido, oye dár las doze á otro Relox, que regularmente vá tambien bien ordenado, no puede licitamente decir Misa, ni comulgar, haciendo dictamen que està en ayunas, y que comió la carne en Sabado. Es claro. Porque, ò quando comió la carne era Sabado, ò era Domingo. Si era Sabado, quebrantó la Vigilia. Si era Domingo, ya no està en ayunas. Vaya otro exemplo. Juzga Pedro, que el Testamento hecho á su favor, probablemente es valido, y assi licitamente puede pos-

seer

62

ser la herencia. Pero, si porque probablemente juzga tambien que es invalido, no quiere pagar los Legados del Testador, no lo puede hacer lícitamente. Porque una de dos; ó el testamento es valido, ò es invalido. Si es valido debe pagar los Legados. Si es invalido, no puede ser heredero.

13 Digo lo 9. Quando hay peligro real, conocido como tal, de hacer daño al Proximo, tampoco es lícito seguir opinion probable, ni aun probabilísima. Pongo por exemplo, que Antonio vé un bulto en el bosque, y tiene por probable, que es hombre, y por probable, ò probabilísimo, que es fiera. En este caso, si tirare al bulto un trabuçazo, pecará sin duda. Y lo mismo se ha de decir, si tuviere por probable, que el vino está envenenado, y tuviere tambien por probable, ò probabilísimo, que no lo está, y lo bebe, ò dà de beber à otros. Y es la razon, porque en los casos puestos, el juicio probable, ò probabilísimo, de que el bulto es fiera, ò de que el vino no está envenenado, no le asegura de que el bulto no es hombre, ò de que el vino no tiene veneno: y así procedería, no solo con duda especulativa; sino tambien con duda práctica. Fuera de que, en tales casos, su ignorancia fuera vencible; pues una vez, que conoce el peligro, debe asegurarse de que no lo hay, y de lo contrario, no procedería con prudencia, y pecaría. Sobre lo qual es de advertir, que las opiniones probables, unas vezes se versan sobre la substancia de la materia opinable, esto es, sobre si la cosa existe, ò no existe. Otras vezes se versan sobre el modo de la materia opinable, esto es, sobre si la cosa es honesta, ò no lo es. En el primer caso, por probable que sea una opinion, no puede hacer que lo que no existe, exista; ò que lo que no tiene ser, lo tenga, y así no puede hacer que sea Sacramento lo que no lo es; ò que sea medicina lo que es veneno; aunque probablemente se tengan por Sacramento, ò medicina. En el segundo caso, bien puede una opinion probable hacer, que sea honesto; lo que materialmente no lo es. Y es la razon, porque quando no consta suficientemente de la ley, ò del precepto, está en posesion la libertad, y puede usar de su derecho. Y así,

aun-

aunque en realidad huviera tal ley, como esta no se conoce, ni por diligencias que se hagan se puede tener certeza de ella, no es imputable á culpa el quebrantamiento de ella, por razon de la ignorancia invencible: *Non autem imputatur homini ad negligentiam* (con palabras del Señor Santo Thomàs 1. 2. q. 16. art. 2.) *si nesciat ea, quæ scire non potest. Unde ea ignorantia invincibilis dicitur, quæ studio superari non potest.* Añado, que ninguno se puede llamar transgressor formal de una ley, ò precepto, que no conoce: y sin voluntario, no hay pecado. Consta de la Proposición 46. de Bayo condenada por S. Pio V. que decía: *Ad rationem, & definitionem peccati, non pertinet voluntarium.* Y de la 2. condenada por nuestro Santísimo P. Alexandro VIII. que decía: *Tametsi detur ignorantia invincibilis juris natura, hæc in statu nature lapsæ non excusat à peccato.* De fuerte, y mas breve, que la opinion probable, ó mira à la cosa, ó mira al operante. Si mira à la cosa, no quita el peligro del detrimento. Pero si mira al operante, quita el peligro de la malicia. Y si esto no fuera assi, se havia de seguir necessariamente, que assi como quando la opinion mira à la cosa, no se puede seguir opinion, ni aun probabilísima, dexando la mas segura; tampoco se podria seguir opinion mas probable, ni aun probabilísima, quando la opinion mira al operante; lo qual està condenado por el mismo Alexandro VIII. en la Proposición 3. que decía: *Non licet sequi opinionem, vel inter probabiles probabilissimam.*

VIGILIA II.

De las Opiniones que deben seguir los Juezes, y Abogados.

1 D. **P**uede el Juez, en las causas civiles, seguir opinion menos probable?

M. No puedè; porque el Juez debe sentenciar segun los meritos de la causa, ò segun lo alegado, y probado; pues con este pacto, lo ha constituido Juez la Republica. Y si pronunciara la sentençia con opinion menos probable, no procederia conforme al merito, y derecho del Litigante. Fuera de que,

64

que, si los Juezes pudieran sentenciar con opinión menos probable, mentirían, ni fueran Interpretes del Derecho, ni Executores de las Leyes; sino Señores de ellas, y del universo, haviendo como hay tanta variedad de opiniones, como con otros Doctores, dicen los Salmaticenses *tom. 6. tr. 29. cap. 1. pun. 4. á n. 38.* Ferraris *V. Conscientia num. 86.* Giribaldo *tr. 1. cap. 3. dub. 9. num. 76.* Ligorio *lib. 4. cap. 3. dub. 2. art. 4. num. 210.* Y consta de la Prop. 2. condenada por N. SS. P. Innocencio XI. que decia: *Probabiliter existimo Judicem posse judicare juxta opinionem etiam minus probabilem.*

2 D. Marcos, y Martin tienen un pleyto sobre una Huerfa; y segun lo alegado, y probado, Marcos tiene menos justicia que Martin; pero por impericia de su Abogado, que si alegara con la destreza del de Martin, conoce el Juez, que Marcos tendria mas justicia. Pregunto, à favor de quien debe dar el Juez la sentencia?

M. Comunmente se responde, que à favor de Martin, y es la razon, porque la opinion mas probable, con que el Juez debe conformarse, no se debe considerar absolutamente, ò segun lo que se puede alegar, y probar; sino respectivamente, ò segun lo alegado, y probado. Así Ligorio *n. 210.* y los Salmaticenses *n. 40.* donde dicen ser comun.

3 D. No podria el Juez en este caso, si quiera por charidad, instruir à Marcos de la impericia de su Abogado, conociendo que tiene mas justicia que Martin?

M. Dicen muchos que no: porque esto no fuera proceder como Juez, sino como Abogado. Así los citados Salmaticenses, y Ligorio, alegando à Vazquez, Sanchez, Palao, y otros. Con todo Dicastillo *lib. 2. de just. tr. 1. disp. 5. dub. 9. á num. 285.* citado de los Salmaticenses, tiene lo contrario. Y parece se puede persuadir su sentencia con doctrina de los Salmaticenses, y Ligorio, los quales dicen, que aunque el Juez, para pronunciar la sentencia, debe conformarse con la opinion mas probable; con todo, puede seguir opinion menos probable en las acciones, que preceden à la sentencia, como encarcelar,

celar, examinar testigos, &c. Bien, que si las acciones, que preceden á la sentencia definitiva, la infieren necesariamente, ó contienen peligro, ó daño irreparable, otros no lo conceden. Pero si el Juez, en el caso puesto, conoce evidentemente, que la Justicia es de Marcos, y que no la alega por impericia de su Abogado, en dár la dicha instrucción à Marcos, no hace mas que suplir como puede, los defectos de Derecho de los Abogados, y Litigantes; y tambien los de Hecho, si son notorios. Esto no le está prohibido, con tal que no lo haga como Abogado, sino como Juez, como nota Reiffenstuel *lib. 1. Decret. tit. 32. §. 3. à num. 73.* Y el dár una instrucción por charidad en lance de evidente injusticia, no parece que es hacer oficio de Abogado, sino de Christiano; con tal que lo haga de modo, que no invierta el orden publico del juicio, ni aumente gastos considerables à las partes. Mas expressamente enseña esta doctrina el Dr. Eusebio Amott *tom. 1. Theol. Moral. tr. 7. de Judice §. 4. num. 15. pag. 738.* donde dice, que el Juez universalmente está obligado por su oficio, à suplir los defectos de las partes litigantes y de sus Abogados, sean por ignorancia de Derecho, ó de Hecho, ó por inadvertencia, ó por incuria. Y al argumento arriba insinuado, que esto fuera hacer el Juez oficio de Abogado, responde, que quando en el Derecho se manda, que el Juez no haga oficio de Abogado, lo que se le prohíbe es, que no sea Abogado de alguna de las partes; pero que no se le prohíbe el que se ponga como Abogado de ambas partes, ó por mejor decir, el que sea Abogado de la justicia, y de la verdad. Vease en el lugar citado, donde pone varios exemplares muy oportunos à este intento.

4 *D.* Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que hecho capaz el Juez de los alegatos de Marcos, y Martin, halla, que tienen igual probabilidad, à favor de quien debe sentenciar?

M. Si la probabilidad igual fuere de Hecho, es comun sentencia, contra pocos, que debe dividir la Huerta, entre los dos Litigantes. Así Lugo, Sanchez, Palao, Suarez, y otros,

otros, à quienes cita, y sigue Ligorio *num. 210. Layman lib. 1. tr. 1. cap. 5. §. 3. num. 16. Holzman tr. 1. disp. 3. cap. 2. art. 2. §. 4. Giribaldo tr. 1. cap. 3. dub. 9. à num 79.*

5 Quando la igual probabilidad no solo es de Hecho, sino tambien de Derecho, es mayor dificultad. Soto, Valencia, Salas, Ledesma, y otros, dicen, que en este caso es libre el Juez en sentenciar à favor de la parte que quisiere. De este sentir es tambien Castro Palao *tom. 1. tr. 1. disp. 2. pun. 10. num. 5.* donde dice, que esta sentencia es comun; pero en esto se engaña, como advierte Ligorio en el citado *num. 210 pag. 51.* Es tambien opinion del Cardenal de Lugo *de justit. disp. 37. sess. 10. num. 115.* bien, que confiesa, que procederà mejor el Juez, que en este caso componga las partes, ò divida la materia entre ellas, como notan los citados Salmaticenses *num. 41. pag. 563.* Esto supuesto.

6 La mas comun, y mas verdadera sentencia es, que en estecaso debe el Juez pronunciar sentencia dividiendo la materia, que se litiga entre ambas partes, si fuere divisible, y si fuere indivisible, componiendolas, y concordandolas. Así los citados Salmaticenses, Holzman, Giribaldo, Ligorio, y otros muchos, que ellos citan. Roncaglia *tr. 1. §. 2. cap. 1. quest. 9. Reiffenstuel tr. 1. dist. 3. q. 4. §. 3. n. 62.* y en el lugar arriba citado *§. 3. à num. 56.* Y es la razon, porque si el Juez no lo hiciera así, fuera acceptador de personas contra la Regla 12. del Derecho *in 6.* que dice: *In judicijs non est acceptio personarum habenda.* Fuera de que, el Juez no es dueño de lo que se litiga, sino interprete del Derecho, y administrador de la justicia: luego si los Litigantes tienen derecho igual, y prueban su intento con iguales razones, escrituras, instrumentos, y testigos, no se puede inclinar à uno mas, que à otro. A mas de lo dicho, la sentencia del Juez declara el derecho de las partes: luego si este es igual, así lo debe declarar; pues de lo contrario mentiría; ni la sentencia corresponderia à la verdad probada en el juicio.

7 D. Luego en el caso puesto, y otros semejantes, que los
Ju.

Juristas llaman *Questiones pro amico*, no le será lícito al Juez recibir el dinero, que le dá uno de los Litigantes, y sentenciar á su favor.

M. De ningún modo es lícito, ni válido, por lo que queda dicho. Y por lo que mira á recibir dinero vendiendo su arbitrio, es doctrina condenada por N. SS. P. Alexandro VII. en la siguiente Prop. que es la 26. *Quando litigantes habent pro se opiniones æque probabiles, potest Judex pecuniam accipere pro ferenda sententia in favorem unius præ alio.* Y así el Juez, que lo recibiere, debe reñarcar.

8 *D.* Pongamos el caso de otra manera, y supongamos, que Marcos, y Martin alegan, y prueban con igual probabilidad de Hecho, y Derecho; pero Martin está en posesión de la Huerta. A favor de quien debe sentenciar el Juez?

M. A favor de Martin; porque la posesión le dá derecho mas cierto, segun aquella Regla 66. de las Decretales *in 6. In re communi potior est conditio possidentis.* y la 65. de *Reg. jur. in 6. In pari delicto, vel causa, potior est conditio possidentis.*

9 *D.* Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que Martin está en posesión de la Huerta; pero Marcos prueba mejor, y mas bien el derecho que tiene á ella. A favor de quien debe sentenciar el Juez?

M. En este caso hallo muy dispersos á los Doctores, divididos en tres sentencias. La primera, que sigue Tamburino *in Decal. lib. 1. cap. 3. §. 4. num. 6.* dice, que el Juez debe sentenciar á favor de Marcos; porque el derecho de posesión solo prevalece en causa igual, no en causa menos probable, y por otra parte el Juez debe dar sentencia segun la opinion mas probable. La segunda sentencia dice, que el Juez en este caso, no está obligado á sentenciar á favor de Marcos; pero que puede, atento á que alegando razones mas probables, bastantemente prueba su derecho. Esta sigue el Cardenal de Lugo *de Just. disp. 16. num. 99.* y la favorece Verricelli *tr. 2. quest. 18. á num. 6.* donde dice con otros, que para decidir el derecho de propiedad, es impertinente la posesión. La ter-

cera sentencia, mas probable, y mas comun, dice, que el Juez no puede sentenciar contra el que está en possession, aunque por la parte contraria haya razones, y pruebas mas probables. Y es la razon, porque el derecho de possession es cierto: luego no puede caducar, sino por otro derecho cierto. Atqui quando el Possessor tiene à su favor opinion probable, la parte contraria no tiene derecho cierto, aunque tenga derecho mas probable: luego debe el Juez sentenciar à favor del que está en possession. Así Ligorio *lib. 4. c. 3. dub. 2. q. 2. n. 210. pag. 52.* donde cita por sí à Cardenas, Diana, La Croix, Elbel, Roncaglia, y otros. Todo lo qual se debe entender en caso de possession cierta, legitima, y de buena fé; en el qual, tampoco hay obligacion de restituir en el fuero de la conciencia, como se funde en razon probable, aunque por la parte contraria, haya razones mas probables: porque la possession cierta, legitima, y de buena fé, con razon, ò fundamento grave, prevalece à las razones, y fundamentos de la parte contraria; que aunque mas probables, no son ciertos, segun Bonacina *de Rest. dist. 1. quest. 2. part. 2. num. 6.* à quien alega tambien Ligorio en el citado *num. 210.*

10. *D.* Pongamos el caso de otra manera, y supongamos, que ni Martin, ni Marcos tienen possession de la Huerta, y que ambos alegan razones probables para que se les adjudique; pero aunque las de Martin parecen mas probables, no lo parecen, ni lo son eminentemente, evidentemente, ò ciertamente. Què deberá hacer el Juez ?

M. Dicen muchos Doctores, que debe el Juez sentenciar à favor de la parte, à quien assiste razon mas probable, y mejor derecho, y esta resolucion parece ser mas conforme à la Proposicion condenada de N. SS. P. Innocencio XI. arriba referida en el principio de esta Vigilia, y à lo que allí queda resuelto. Con todo el Dr. Eusebio Amort en su *Theolog. Moral. tom. 1. tr. 1. §. 4. de Sent. probab. num. 4. pag. 18.* y *tr. 7. §. 4. de Judice num. 11. pag. 736.* citando al Cardenal de Luca *lib. 2. discurso 117.* y *lib. 10. discurso 25.* resuelve contra La Croix

Croix lib. 4. num. 1483. que en duda de derecho muy intrincado, si la mayor probabilidad de una parte no es evidentemente, eminentemente, ò ciertamente mas probable, que la que tiene la parte contraria, debe el Juez pronunciar la sentencia *pro rata probabiliter*: y entre otras razones, dice, que el precepto de que el Juez dè la sentencia por la parte, que tiene mejor derecho, no prohibe, que à la parte, que tiene menor probabilidad, se le adjudique, y conceda algun tanto, segun fuere la probabilidad, que se assiste. Vease el citado Amort en los lugares alegados, donde prueba suficientemente esta sentencia, y añade set doctrina oportuna para componer las partes, conciliar la paz, y cerrar la puerta à las Apelaciones, gastos, enemistades, y disenciones, y otros males, y daños contrarios al bien de la Republica, y à la charidad christiana.

II D. En las Causas Criminales, què sentencia debe seguir el Juez?

M. Es comun doctrina, que en las questiones de Hecho puede seguir la opinion menos probable, que favorece al Reo; y algunos no solo dicen, que puede, sino que debe, especialmente si la causa fuere capital. Afsi los citados Salmaticenses num 45. donde citan à Villalobos, al Ilmo. Tapia, Sayro, Bassco, Merola, Mascardo, y Palao. Y añaden con Lumbier, y Filguera no oponerse esta Resolucion à la mente del Papa, condenando la opinion, que decia, q̄ el Juez puede sentenciar con opinion menos probable. Pues no es de presumir, que el Papa quiera, que por crimen incierto, sea alguno condenado à pena grave cierta: siendo constante, que para condenar al Reo à pena ordinaria *requirantur probationes luce Meridiana clariores, cam satius sit impunitum relinquere facinus nocentis, quam innocentem damnare. L. fin. cod. de Probat. & L. 5. ff. de Poenis*. Ni puede valer la paridad de las Causas Civiles: porque la vida, y la honra son de orden superior, y importan muchissimo mas, que todos los bienes temporales. Afsi tambien Reuter *part. 1. tr. 2. quest. 5. pag. 362.* Leonardo Jansen *caso 3. num. 9. pag. 33.* Holzman *tr. 1. cap. 2. art. 2. §. 4. num. 170. pag. 36.* con Car-

70

denas, y Sporer. Lo mismo dice Ligorio *lib. 4. cap. 3. dub. 2. art. 4. num. 210. pag. 51. y otros muchos.*

12 Mayor dificultad es quando la question es de Derecho. Esto es, quando consta, que el Reo ha cometido el crimen, ò por probanza de Testigos, ò por confesion del mismo Reo; pero se duda, si el crimen merece tal, y tal pena, ó porque hay Textos del Derecho encontrados, ó porque los Doctores interpretan la Ley de distintos modos. Y en efecto, que en este sentido no están tan terminantes los Doctores, y los mas de ellos, tratando de la presente materia, no hacen esta distincion. Pero, que el Juez pueda tambien, ò deba en este caso conformarse con la opinion menos probable, que favorece al Reo, parece muy conforme á la Regla 11. del Derecho *in 6.* que dice: *Cum sunt partium jura obscura, Reo favendum est potius quam Actori.* Y si las razones, que favorecen al Reo, fueren de igual probabilidad; cotejadas con las que lo condenan, tengo por mas probable, que el Juez debe sentenciar à su favor; porque en este caso *probationes probationibus enervantur.* como dice Reiffenstuel en el cit. *lib. 1. Decret. tit. 32. §. 3. num. 60.* hablando indistintamente de las Causas Civiles, y Criminales. Y tratando de las Criminales lo trae el Dr. Eusebio Amort *tom. 1. tr. 7. §. 4. de Judice num. 10. pag. 736.* Lo mismo se resuelve de las Causas piadosas, y favorables, como el Matrimonio, Libertad, Dote, y Testamento, en las quales, concurrendo igual probabilidad, se deberá sentenciar à favor de ellas, como dice el citado Reiffenstuel *num. 60.* Lo mismo dice Giribaldo *tr. 1. cap. 3. dub. 9. num. 83,* estendiendo esta doctrina á las Causas privilegiadas, y cita á Bolsio *tit. 1. §. 27. num. 511.* Del proprio sentir es Ligorio en el citado *num. 210.* y amplia lo dicho à las Causas de las Viudas, y Pupilos, en las quales, en caso de igual probabilidad, debe el Juez sentenciar à favor del Pupilo, ò de la Viuda, aunque sean Actores *ex C. fin. de sent. & re jud.* Pero no lo concede, si la parte contraria tiene mayor probabilidad, ò mejor derecho, *ex L si pars. ff. de Inoff.* Bien, que Verricelli con otros, que cita en las *Quest. Mor. y Legal.*
tr.

tr. 2. *quest.* 18. *num.* 3. es de sentir, que en caso de igual probabilidad, aunque sea de Derecho, puede el Juez en las causas piadosas interpretarlo como quiere, ò à favor de la causa, ò contra ella.

13 **D.** Si el Juez, en causa de igual probabilidad de las partes, ò de menor probabilidad à favor del Reo, sentenciase à favor de este, ò à favor de la Viuda, Pupilo, Libertad, &c. mentira: luego lo dicho no subsiste.

M. Respondo negando la ilacion; porque el Juez en dicho caso, no debe decir, que la parte, à cuyo favor dà la sentencia, tiene mayor probabilidad, sino que así debe. ò puede proceder segun Derecho, y esto no es mentira, sino verdad. Fuera de que, si bien se reflexiona este punto, por lo tocante à las Causas Criminales, la opinion directamente menor probable, ò segun consta de los Autos, que favorece al Reo, así en las causas de Hecho, como de Derecho, siempre es *reflexe* mas probable. Y es la razon; porque siempre que la causa se halla en terminos de probabilidad, no hay evidencia, ni certeza, de lo que se prueba, y alega contra el Reo; y así es preciso, que los Derechos queden con incertidumbre, y obscuridad; y no concluyendo ciertamente contra el Reo, es mas conforme à Derecho, y razon, el favorecer al Reo; pues ninguno debe, ni puede ser despojado de la inocencia, que posee, sin que conste ciertamente del delito, ò de que el delito està comprehendido en la ley, que impone la pena, segun la Regla ya citada: *Cum sunt partium jura obscura, Reo favendum est potius quam Actori.* El peso de esta razon me hace inclinar à que el Juez, en este caso, à lo menos, puede sentenciar à favor del Reo, como dicho es: y otros dicen, que debe. Vease à Gonzalez Matheo *in Moral.* tom. 1. *tr.* 2. *§.* 5. *á num.* 68 *pag.* 53. donde con Bonacina, Cardenas, y Pottestas, lo prueba latamente, y lo repite *num.* 80.

14 **D.** El Juez, que tiene por mas probable el derecho de una parte, se podrá conformar con el voto de los otros Con-Juezes, que tienen por mas probable el derecho de la contraria?

M. Respondo, que si funda el juicio de la mayor probabilidad

72

babilidad en razon clara, cierta, y evidente, no puede; porque mentiría. Si solo lo funda en razones probables, como regularmente sucede, digo, que puede: pues en este caso puede depouer su dictamen, juzgando, que los otros Con-Juezes, como peritos en la facultad, se fundan en razones mas probables. Así Potestas tom. 1. num. 112. seguido del citado Gonzalez num. 70.

15 D. Què opinion deben seguir los Abogados?

M Es doctrina de muchos, contra otros, que pueden defender la causa menos probable, como tenga verdadera probabilidad, aunque la contraria sea mas probable. Así Ferraris n. 99. V. *Conscientia*, y V. *Advocatus per tot. precipue art. 2. in fine.* Krisper tr. 6. dist. 8. *quest. 4. num. 16.* Así tambien Vazquez, Sayro, Salas, Sanchez, Lugo, Maderno, Azor, Bonacina, Palao, Villalobos, Filucio, Diana, Layman, Bressero, y otros, à quienes citan, y siguen Bofsio §. 28. num. 755. y Giribaldo tr. 1. cap. 3. dub. 8. num. 69. los quales igualmente admiten esta doctrina en las causas Civiles, y Criminales, contra Soto lib. 5. *quest. 8. art. 3.* Lefsio lib. 2. cap. 31. dub. 9. Maldero 1. 2. *quest. 15. art. 5. disp. 86. assert. 8.* y otros; los quales no aprueban, que en las causas Criminales graves, el Abogado patrocine al Actor contra el Reo, con opinion menos probable, atentos à que en dicho caso, el Reo està en possession de la vida, honra, ô hacienda. Pero à esto responden los de la còtraria opinion, que el Abogado no define, ni sentencia, pues solo expone las razones de la parte, que defiende; en lo qual, no procede con injusticia, como la causa no sea manifestamente injusta, ô no engañe à la parte, que defiende, prometiendole ciertamente la sentencia à su favor, ô con mas certeza de lo que debe, sin manifestarle la debilidad de su causa, para que prosiga el pleyto, si quiere, ô cesse de pleytear. Hace aqui al intento, que no pocas veces la opinion, que al Abogado le parece menos probable, el Juez la estima por mas probable. Puedese tambien confirmar lo dicho con la practica de los Abogados buenos, y timoratos, que muchas veces con opinion menos probable se empeñan en defender semejantes causas, sin que tampoco lo reprobren los Confessores timo.

1a 620

73

rimarios, y doctos, como con Sayro, y Valencia nota el citado Giribaldo *num. 70. pag. 21.* Hace tambien al intento la doctrina del Dr. Eusebio Amort arriba citado, que quando una de las partes no tiene mayor probabilidad evidente, y eminente, puede, y debe el Juez componerlas, *pro rata probabilitatis*: luego puede el Abogado defender à la parte, à quien assiste opinion menos probable, con tal, que à la contraria, no assiste mayor probabilidad eminente, y evidente.

16 D. Si el Abogado patrocina una causa con opinion reprobada en la practica comun, ò de tan poca probabilidad, que los Juezes nunca, ò rara vez, se inclinan à ella, pecará mortalmente?

M. No solo pecará mortalmente, sino que en este caso, queda obligado à pagar los gastos, que hizo su Clientulo; pues es Author, y causa de su perdida, como con Salas, Sayro, y Sanchez, advierte Giribaldo *num. 72.* En esta atencion, à los que piden consejo, para proponer algun Pleyto, conviene aconsejarles, que busquen un Abogado temeroso de Dios, docto, y diligente.

VIGILIA 12.

Se estiende la doctrina precedente, y se resuelve, que una opinion, que en si se tiene por probable, puede hacerse improbable por las circunstancias: y se examina la licitud de las Comedias.

1 D. SUELE no pocas vezes llegar à un Pueblo, ò Ciudad, una Quadrilla de Comediantes vagabundos, à fin de representar sus Comedias. Y aunque es constante, que algunos Juezes lo repugnan, y no les dan tal permiso; otros escrupulizan poco en ello, y les dan licencia, para que las representen por muchos dias, y tal vez, por algunos meses. De este hecho, se suscitó una contienda, diciendo unos, que las Comedias son licitas, y otros, que son ilicitas, Pregunto: à quienes se debe dar la razon?

M. Supongo lo 1. que aquí no hablamos de las Co-
K me

74

medias, que suelen representarse en las Cortes, y Ciudades grandes, siendo antes examinadas de orden superior, por Sujetos peititos, y timoratos: observandose en la representacion de ellas varias condiciones, ò circunstancias, para impedir malas consequencias, con las quales las permiten los Soberanos: pues estas conocidamente son menos peligrosas, que las que se relacionan en nuestro caso.

2 Supongo lo 2. que aunque algunos Doctores dicen, que las Comedias son licitas, todos, ò los mas convienen, en que si contienen Saynetes torpes, Canciones profanas, bayles, gestos, meneos, versos amatorios, y otros passages provocativos á deshonestidades, son de su naturaleza ilicitas. Assi con muchos Doctores, Calatayud *tom. 3. Opuscul.* donde desde los principios trata latamente, y con solidèz, esta materia. El Ilmo. Genetto *tom. 4. tr. 6. cap. 9. quest. 5. pag. 186.* donde afirma con Tertuliano, que las Comedias son un Privado Consistorio de la torpeza. Concina en su tratado de *Spectacul. Theatral. per tot.* y en el Compendio *lib. 5. dissert. 2. cap. 5. à num. 14. pag. 211.* donde dice en el *num. 16.* que segun se representan las Comedias en nuestros tiempos, sólo un Loco puede negar, que sean torpes, y obscenas. Las reprueban tambien Sabino *tr. 28. num. 42. pag. 243.* Leandro *tr. 5. disp. 7. quest. 70.* con Pedro Hurtado *tom. 2. de Fide disp. 173. sect. 28. pag. 1565.* Holzman de *Charit. cap. 4. num. 242. pag. mihi 210.* Ligorio *lib. 3. tr. 4. cap. 2. dub. 1. à num. 427. pag. 143.* Giribaldo de *Pœnit. cap. 10. dub. 2. num. 19. pag. 185.* La Croix de *Charit. lib. 2. à num. 238.* y otros muchissimos á cada passo, assi de los Doctores, como de los Santos Padres, de los quales, alega por si una espesa tropa D. Ramito Cayorc, en su *Triumpho Sagrado de la Conciencia,* impresso en Salamanca año de 1751. De donde se sigue, que el decir absolutamente, que las Comedias son licitas, es mala inteligencia, error, engaño, ò una aparente probabilidad, vestida de sophismas, de que se sigue la relaxacion de la Plebe, conforme á lo que dixo el Apostol *1. Cor. cap. 15. Corruptumores bonos colloquia mala:* en la qual sentencia, se funda el Señor

ñor San Bernardino de Sena *tom. 1. serm. 3. fer. 2. post Domin. Quinquag. art. 3. cap. 1.* para dar por ilícita, y prohibida, como execrable, y ruinosa, la leccion del Arte de amar, escrito por Ovidio, y de otros libros poéticos, que contienen torpezas, ò inducen à ellas. Todo lo qual debe todo Catholico sentirlo así, fino es que se persuada erroneamente à que hay opinion probable para algo mas, que parvidad de materia, en las cosas veneras, siendo constante, que aun la opinion, que admitía parvidad, està condenada por N. SS. P. Alexandro VII. en la Prop. 40. Esto supuesto.

3 Respondo, que en los casos referidos, y en las Comedias, de que hablamos, tengo por indubitable, que los Juezes, y los que son causa positiva de tales Comedias, ò patrocinando à los Farfantes, ò influyendo positivamente para su efectiva practica, pecan mortalmente, si no los escusa la ignorancia invencible. Pruebolo: porque el que queriendo, y sabiendo, es causa de que muchos se expongan à peligro formal de pecar, peca mortalmente: Atqui es inegable, que concutriendo à dichas Comedias tanta Gente de todos estados, y sexos, son muchos los que se exponen à peligro formal de pecar: Luego así los Juezes, que dan licencia, como todos los que concurren positivamente à la representacion de tales Comedias, pecan mortalmente. La Mayor del Sylogismo es tan cierta, que en la mas comun, y mas verdadera opinion, basta para pecar mortalmente exponerse, ò exponer à otro à peligro probable de pecar, como despues veremos. Para probar la Menor basta la experiencia, y atender à la hora, en que se representan tales Comedias: pues, por lo comun, comienzan despues de las siete de la noche, ò à las ocho, y se concluyen despues de las diez, ò mas tarde. Fuera de que, por lo regular, se representan en lugar poco proporcionado al Concurso, sin haver separacion entre Hombres, y Mugeres: de suerte, que à mas de la ocasion, que las Comedias en si, y por si ofrecen à los Concurrentes, tienen nueva ocasion à la mano, para millares de culpas. Si los Juezes, ò los demàs, que patrocinan à los Comediantes

76

diantes, supieran, que en cada ocasion que se representan las Comedias, suceden, ò pueden suceder probablemente, veinte, ò treinta muertes, ciertamente pecarian patrocinandolas, y concurriendo á su representacion con positivo influxo. Y no pecaràn, siendo creible, como lo es, aunque no sea del todo cierto, que en cada ocasion, que se reprelentan, son mas los que pierden la vida sobrenatural del alma? Así discurre el Ilud. Señor Barcia *serm. 42. sect. 4. num. 22.* Y se puede esforzar su discurso con la doctrina de N. SS. P. Benedicto XIV. en su Synodo Diocesano *lib. 11. cap. 10. num. 12.* Edicion de Ferrara, donde despues que expresa lo peligroso que son estas Comedias, dice así: *Quo circa etiam mollioris Ethices Sectatores, ejusmodi Comedias damnant, & nedum Clericos, sed Laicos quoque eas inspicientes, vix unquam gravem culpam evadere, communi calculo docent cum D. Thoma in 4 dist. 16. quest. 4. art. 2. questiunc. 2. Ad secundam questionem dicendum, quod hujusmodi Spectacula, si sunt rerum turpium, & ad peccatum provocantium, studiosa eorum inspectio peccatum est, & quandoque in eis tanta potest libido adhiberi, ut sit etiam mortale: unde à tali inspectioe omnes se arcere debent.* Y concluye remitiendose à sus Instituciones, especialmente, à la 37. y 76. alegando tambien entre otros al Señor San Antonino en su Obra ilustrada *lib. 3. cap. 6. & 7.*

4 D. Aunque de los Concurfos à los Templos, se siga alguna vez algun pecado, por accidente, no se dirà con fundamento, que el Templo sea ocasion de pecar, ni que los tales Concurfos sean ilicitos. Luego lo mismo en nuestro caso.

M. No vale la paridad; pues à los Templos se concurre por muy distinto fin, del que se concurre à las Comedias. Los Concurfos à los Templos son de sí, à fin de oír Missa, la palabra de Dios, ò por otro motivo honesto de su genero. Los Concurfos à las Comedias son de sí à ver Farsas provocativas, y oír obscenidades. En el Templo, el Espiritu de la Iglesia eleva las oraciones de muchos que oran, y pide por todos los concurrentes. En las Comedias, ninguno ora; y es de creer
pru-

prudentemente, que el Elpíritu maligno atiza el fuego, para que hasta la leña verde se abraze, y queme. En el Templo assiste Dios con modo especial á los que concurren; pues el mismo concurrir es de sí meritorio. Y el concurrir á las Comedias, quando no sea demerito, no es merito alguno. Y si con ser tanta la discordancia de intenciones, y la diversidad de los fines, sucede tal qual vez, el que en el Templo se verifique la dissolution, la desemboltura, y la liviandad; con quanta mas frecuencia no se verificará en las Comedias? Mejor que yo lo dirá el Señor San Juan Chrysoftomo *Hom. 3. de David, & Saul*, donde dice: „ Si en el Templo, donde se oyen los Canticos Sagrados, resuenan las Divinas alabanzas, y reyna el „ temor reverente de Dios, se atreve à introducirse el torpe „ deseo, escalando el corazon humano, à manera de Ladron „ astuto; como es posible, que los que assiste en el Theatre à „ un assalto general por todos los sentidos, sin mirar, y sin „ oír cosa sana, puedan defenderse de los insultos de la concupiscencia? „ Por lo mismo no dudo, de que los Juezes, y los que patrocinan, en nuestro caso, à los Farfantes, para que representen las Comedias, pecan mortalmente; si no los escusó la ignorancia invencible.

5 *D.* Ignorancia invencible es aquella, que con humanas diligencias no puede superarse; ò quando uno hace una cosa mala, sin advertir su malicia, ò sin ocurrirle razon de dudar, si es, ò no es mala: Es inegable, que los Predicadores reprueban frequentemente las Comedias de que tratamos: Luego ni los Juezes, ni los que patrocinan á los Farfantes, pueden escusarse de pecado por la ignorancia invencible, pues su ignorancia es vencible, y culpable.

M. Dificil es, que la ignorancia invencible los excuse, por la sobredicha razon, y otras muchas: y mucho mas dificil es en la sentencia de los que dicen, que para que la ignorancia sea vencible, culpable, y pecaminosa, basta que el Sugeto ignore aquellas cosas, que debe saber, aunque no advierta en la actualidad la malicia del hecho. Pero con todo juzgo, que pudo

78

do escusarlos la ignorancia invencible, ò à lo menos, que no es imposible que los escusase; pues para que la ignorancia sea pecaminosa, culpable, y vencible; no basta, en sentencia muy probable, la obligacion que tiene el Sugeto de advertir la malicia de lo que se hace, sino que se requiere tambien alguna advertencia, ò consideracion de la malicia, que incluye el hecho: ò à lo menos se requiere, que exprestamente dude, ò escrúpulize, si en ello havrà, ò no havrà malicia: pues de lo contrario, lo que se hace, no será voluntario en quanto malo, puesto que para lo voluntario, debe preceder conocimiento, ò alguna advertencia, como dice *Gitibaldo de Act. Hum. cap. 1. dub. 5. num. 36.* Y hay Sugetos tan erroneamente pagados de su proprio capricho, que en su concepto, aun en los assumptos morales, saben resolver las dudas mejor que todos los Predicadores, y con mas acierto que los Señores Ilustrísimos, si acaso algunos, en alguna parte, dan alguna providencia sobre este assumpto, imitando al Señor San Carlos Borromeo, segun refiere *La Croix de Charit. lib. 2. num. 242.* donde añade con Menochio, y Barbosa, que los Legos, por razon de tal escándalo, se hacen del fuero Episcopal. No repugna, pues, que en nuestro caso, oyeran decir los Sugetos relacionados, que las Comedias son licitas, ò lo leyeran así en algun libro. Pero sin hacerse cargo de las circunstancias que se deben considerar entre Comedias, y Comedias, confundiendo las licitas con las ilicitas, y sin atender, ó no saber, ni ocurrirles razon de dudar, que no es lo mismo questionar, si las Comedias son licitas respecto de un individuo particular, que el questionar, si son licitas respecto de la multitud, respecto de los Juezes, que las permiten, respecto de los que las fomentan, respecto de los Farfantes, y de los que positivamente las protegen, precipitassen su sentencia à favor de las Comedias, y Farfantes, y procediessen con ignorancia invencible. No obstante, que se me hace muy inverosimil, que obrassen con dicha ignorancia, como ya dixe.

6 D. De lo dicho parece inferirse, que todos los que concurren à dichas Comedias, pecan mortalmente; pues à mas del

del peligro á que se exponen, cooperan á ellas con su dinero.

M. Respondo, que así lo dicen los mas de los Doctores de todas Escuelas. Con todo, niego la consecuencia, en quanto á la primera parte. Pues aunque muchos por ir á ellas, se expondrán á peligro formal de pecar, y estos pecarán sin duda: otros no se expondrán á tal peligro, y no pecarán. El Coyme, que franquea el Juego á qualquiera, que quiere jugar, sin duda peca: y no todos los Jugadores pecan; aunque algunos pecan. Una Muger, que saliera desnuda de casa á ver, y ser vista, sin duda pecaría; y no todos los que saldrían á verla, pecarían; aunque algunos pecarían. Y así como los Juezes pecarían mortalmente patrocinando al Coyme, no obstante que muchos solo jugarian por diversion, y no pecarían: Y el que hiciere salir de casa á la Muger desnuda, pecaría mortalmente, aunque muchos, que solo la verian por curiosidad transeunte, no pecarían: así tambien pecarían patrocinando á los Farfantes, y siendo causa de las Comedias; aunque muchos de los Concurrentes á ellas, no pequen, por concurrir por sola curiosidad, ó diversion, y sin peligro formal de pecar. Si ya no es, que pequen, porque con ello dan escandalo; sobre lo qual es necesario atender á las circunstancias del Sugeto, del lugar, y las que sean dignas de considerarse.

7 Mas difícil es de resolver, si pecan, ó no pecan mortalmente, todos los Concurrentes, por cooperar positivamente con su dinero á una accion mala. Sobre lo qual, aun entre los Authores benignos, afirman que pecan, Sabino *tr.* 38. *en el cit. num.* 42. Ligorio *en el cit. num.* 427. con La Croix, Holzman, y otros comunmente. Con todo, me parece probable, que no pecan: porque el dar el dinero para verlas, no es influxo positivo directo para que las haya, sino para verlas; aunque de ello indirectamente se siga el que las haya. No ostante esto, á qualquiera, que pidiere consejo sobre esta materia, se le debe aconsejar, que no vaya, aunque sean muchos de todos estados, los que concurren á ellas: *Non sequaris turbam ad faciendum malum*, se dice de tales bullicios en el Exodo *cap.* 23.

80

8 *D.* Aniceto vá à la Comedia solamente tres vezes en un mes, y en las tres ocasiones ha caido en pensamientos torpes. Pregunto: es la Comedia ocasion proxima para Aniceto?

M. Respondo que sí, puesto que tantas vezes como vá à la Comedia, tantas caè. Y assi, aunque los pecados han sido pocos, porque sus concurrencias à la Comedia han sido pocas, es de creer prudentemente, que si mas fuera, más peccata. y assi, si no propone seriamente no bolver à ellas, está inabsoluble: pues la Comedia es para èl, ocasion proxima respectiva, y peligro formal de pecar. Al modo que, el que visita à una Muger pocas vezes al año, y en todas peca con ella, está en ocasion proxima respectiva, y es inabsoluble, hasta que quite la ocasion, como dice Sabino *tr. 30. num. 10.* con Suarez, Sanchez, Castro Palaø, Graffio, el Venerable Señeri, y otros comunmente con Ligorio *lib. 6. tr. 4. cap. 1. dub. 2. §. 2. num. 452.*

9 *D.* Procopia vá à la Comedia diez vezes, y en las cinco peca, y en otras cinco no peca. Es la Comedia ocasion proxima para Procopia?

M. Antes de responder advierto, que el peligro de pecar puede ser leve, probable, y proximo. Pongamos por exemplo, que Aniceto, de diez vezes que visita à Procopia, peca con ella siete, ò ocho, ò por pensamiento, ò por obra; y en este caso, la visita es para Aniceto peligro proximo, ò formal, de pecar. Si peca quatro, ó cinco vezes, es peligro probable. Y si peca alguna rara vez, ó como por casualidad, es peligro leve. Assi Leonardo Jansen *de Pœnit. Cas. 98. num. 18. pag. 404.* aunque Sabino *tr. 30. à num. 4.* discrepa de esta explicacion en parte, y dice, que entonces hay peligro leve de pecar, quando hay indicio leve del pecado; entonces hay peligro probable, quando probablemente se infiere el pecado; y entonces lo hay proximo, quando se infiere con certeza moral. Esto supuesto.

10 Comunmente convienen los Doctores, en que no hay obligacion de evitar el peligro leve; pues de lo contratio estu-
vic-

vieramos obligados à salir del Mundo, estando, como està, lleno de estos peligros. Tambien convienen, en que estàmos obligados à evitar el peligro proximo, y formal; pues lo mismo es querer este peligro, que querer el pecado. En lo que no convienen, es, en si tenemos, ò no tenemos obligacion de evitar el peligro probable. Algunos son de sentir, que el que se expone con razonable causa à peligro probable de pecar, no peca. Así Hozes, Lumbier, Murcia, Caramuel, Gobat, y consiente Sporer *de Pœnit. num. 324.* citados de *La Croix de Peccat. lib 5. n. 257.* y de Ligorio *lib. 5. cap. 2. dub. 3. num. 63.* Y dan la razon: porque como en tal caso, el peligro no es cierto, sino probable, no hay obligacion cierta de evitarlo. Fuera de que, no siendo el peligro sino probable, bien puede uno hacer dictamen prudente, que no pecará, si se pone en él. Pero lo contrario tienen comunmente los Doctores, como à mas de los citados *La Croix*, y *Ligorio*, se puede vér en *Sabino tr. 30. num. 13.* con *Navarro*, y *Sanchez. Elizalde lib. 8. quest. 15. §. 3. 6^o seq.* *Cardenas in 1. Crisi d. 18. in 2. Crisi d. 40.*

II Y à la verdad, si por causa razonable, no se entiende causa justa, dicen algunos, que la referida opinion es laxa; pero yo me contento con decir, que ni se debe aconsejar, ni seguir. Lo uno, porque, aunque en el caso, el peligro solo infiera probablemente el pecado, el tal peligro no es probable, sino cierto; lo qual es muy distinto, que el seguir opinion probable en lo perteneciente à lo licito de la accion. Lo otro, porque, si no es licito seguir opinion probable en daño del proximo, sin causa justa, tampoco es licito seguirla en daño espiritual proprio. Y finalmente, porque exponerse sin justa causa, à peligro probable de pecar, ò que probablemente infiere el pecado, es temeridad: y Dios nuestro Señor no ayuda à los que temerariamente se exponen à un riesgo, así como ayuda à los que se exponen à él con justa causa. Vease à *Ligorio* en el *cit. num. 63.* La dicha causa justa es la que tiene el Parrocho, Medico, ò Cirujano en el exercicio de sus ministerios, y aun en este debe poner algunos medios, para no caer, ò

82

por los quales el peligro, que probablemente infiere el pecado, se haga leve, y remoto. Y es tambien digno de reflexion, que aunque Caramuel en la Theologia Regular enseñò ser licito exponerse à peligro probable de pecar, cuya doctrina siguiieron con su authoridad otros pocos; pero en la Theologia Fundamental, impressa seis años despues, retrató su primera sentencia, como à mas de Cardenas, atestigua el Doctor Amort en el *tom. 2. de su Theolog. Mor. tr. 8. §. 5. de var. gen. peccat. quæst. 5. pag. 18. col. 2.* Todo lo qual es decir, que Procopia peca, si va à la Comedia; y que està obligada à evitarla; y que si no lo promete, y propone así seriamente, se le debe negar la absolucion. De lo dicho se infiere, à quienes se debe dar la razon en el caso puesto: y que no repugna, el que una opinion, que en unas circunstancias se puede tener por probable, en otras circunstancias sea practicamente improbable.



PAR-

PARTE SEGUNDA.

Trata de la prudencia del Confessor por lo perteneciente à algunos Tratos, y Contratos muy comunes: y se proponen, y refuelven otros casos miscelaneos.

VIGILIA 1.

De la malicia de la Usura, y se examina como puede ser licito reportar interèz por el mutuo.

CASO 1.

Se resuelve, que el Usurero debe restituir el lucro usurario: y que el daño emergente, y lucro cessante, son titulos justificados para pedir, y recibir interèz por el mutuo.

G Ethulio dominado de la codicia, raiz de todos los males, presta muchas cantidades de dinero à varios pobres, conviniendose con los Mutuatarios, que le han de dar un tanto de interèz por ellas, sin mas titulo para pedirlo, y recibirlo, que el mismo mutuo. Su Santo Angel Custodio (segun el dice) lo llevo à un Templo, donde un Misionero predicaba con espíritu Apostolico contra la usura, abominando de ella, como prohibida por todos derechos; y deseoso de reformar su vida, pregunta. Lo 1. como se ha de portar por lo que mira al caudal adquirido con usuras. Lo 2. como ha de proceder en lo que le resta de vida, para no bolver à incurrir en ellas.

Max. Ciertamente hemos llegado à un assunto, que por comun en todas partes, y tan frequente en todo este nuevo Mundo, pide grande estudio, y mayor prudencia, para que un Confessor se pueda manejar con el correspondiente acierto, para dirigir à los Penitentes, y no gravar su conciencia. Apenas se halla Sugeto rico, ò medianamente acomodado, que no tenga mucha, ò alguna parte de su caudal, expuesta à la negociacion, y comercio; y por lo mismo, apenas se halla Lu-

84

gar, donde la usura no haya colocado su trono. El Borracho se cansa de beber, el Iracundo de tomar venganza, el Luxurioso de cometer torpezas, y así de otros pecadores. Pero el Usurero nunca se cansa de atesorar; y para ello abriga en su corazón el dolo, el engaño, y la iniquidad, que son el fomento de las usuras, pudiendo aplicar à muchas Ciudades, Villas, y Pueblos, aquellas palabras del Psalmo 54. *Non defecit de plateis ejus usura, & dolus.*

2 Por lo que mira à Gethulio, que es el de nuestro caso, yo le diría, que como todo pacto obligatorio de percibir interés, inmediatamente por el mutuo, es usurario; habiendose convenido en el modo dicho con los pobres, obligandolos à que le diessen interés por las cantidades, que les prestó, sin mas título, que la misma razon de haverse las mutuado, ha incurrido en repetidas usuras; y así está obligado à restituir los referidos interèzes con el lucro cessante, y daños causados; la qual restitucion debe hacer, si puede, à los mismos damnificados, ó à sus herederos; y por su defecto, à los pobres, como se determina en el Capítulo *Cum tu*, que es el 5. en el *tit. 19. de Usuris*, puesto en el *lib. 5.* de los Decretales. Fuera de esto, le haría tambien presente, que todo Usurero publico, y notorio es infame, no debe ser admitido à la Sagrada Comunión, ni puede ser enterrado en lugar Sagrado, con otras penas, que tiene puestas; y constan del *cap. Infames 3. quest. 7.* y de otros textos, que cita Sabino *tr. 33. de Usuris in fin.* y de la *ley 4. tit. 6. part. 7.* y de la *4. 5. y fin. tit. 6. lib. 8.* de la Recopilacion. Y supuesto, que desea tener algunas noticias, para no incurrir mas en este crimen, no obstante de ser materia muy ardua de entender, y muy difícil de explicar con alguna benignidad, tratarèmos por ahora del daño emergente, y lucro cessante, dexando para despues la resolucion de otras dudas. En este supuesto.

3 Algunos Doctores, fundados en el *cap. ult. de Usuris*, segun atestigua Covarruvias 3. *Variar. cap. 4. num. 5.* juzgaron, que el lucro cessante no es título suficiente, para recibir mas de

de lo que vale la fuerte principal, que se mutua. Con todo, es doctrina comun, que así el lucro cessante, como el daño emergente, son suficientes titulos para pedir, y recibir mas de lo que la fuerte principal importa. Así Giribaldo *tr. 3. de Contract.* cap. 3. *dub. 8. à num. 59. pag. 119.* y cita à Salas, Castro Palao, Rosignolo, Villalobos, Bonacina, Lefcio, Laymas, Rebello, Trullench, y otros, à quienes citan, y ligan tambien los Salamancaenses de *Mutuo cap. 3. pun. 9.* Sabino *tr. 33. à num. 109. pag. 325.* Holzman *tr. 3. de Contract. cap. 3. art. 2. n. 758. pag. 654.* y alega por etta doctrina à nuestro sutil Maestro Escoto *in 4. dist. 15. quæst. 2. art. 2.* diciendo, que algunos no lo alegan bien por la parte contraria. Amort *tr. 6. §. 18. à num. 5. pag. 670.* Ligorio *lib. 3. tr. 5. cap. 2. dub. 7. à num. 768. pag. 206.* y otros à cada passo. La razon es, porque así el daño emergente, como el lucro cessante son precio estimables: luego se puede pedir, y recibir algo por ellos. Confirrase hablando en especie del daño emergente: porque no es equidad, que yo haya de padecer daño en mis bienes, por hacerle à otro un beneficio gracioso: luego licitamente puedo pactar con él la compensacion del daño, que experimento; lo qual no es vender el uso del dinero, sino evitar, ó reparar el daño, como dice el Angelico Doctor el Señor Santo Thomas 2. 2. *quæst. 78. art. 2. ad 1.* Consta tambien del *C. pervenit de fidejussoribus* donde se dice: *Ne dispendium patiatur, unde videtur premium meruisse.* Y lo nota la Glossa en el *cap. Quoniam 14. quæst. 4.* y se colige ex *L. Si commissæ ff. Rem ratam habere.*

4 Pruebase hablando en particular del lucro cessante. Porque la esperanza probable del lucro, ó la ganancia, que podia tener el dueño, con dicha cantidad, es vendible; al modo que, puede uno tambien vender los frutos, que espera coger, quando aun no están sazoados: ó puede vender el tiro de la Red, que echò para pescar, por la esperanza de que ha de sacar pescado: y así de otros casos parecidos à estos. Luego tambien podrá Gethulio, en caso de cessarle lucro, vender la esperanza de lo que probablemente havia de ganar con las cantidades, que

86

que dà á mutuo, pidiendo, y recibiendo por ellas, mas de lo que las cantidades importan. Confirmase otra vez. Si Antonio obligàra á Gerhulio à que le prestàra por fuerza una cantidad de dinero, que Gerhulio tenia destinada para tratar, y contratar, ciertamente debia Antonio pagar, y satisfacer á Gerhulio en este caso el lucro, de que le priva, como todos conceden, segun el citado Giribaldo n. 62. La razon es, porque Antonio privaria á Gerhulio de la esperanza probable de ganar por medio del trato, que queria hacer; la qual esperanza es precio estimable, y asì se le debia resarcir. Luego tambien podrà pedir, y recibir mas de lo que presta, ò dà á mutuo, privandose voluntariamente en beneficio, y gracia del Mutuatario, de la esperanza probable del lucro, que puede tener, con lo que le mutua, ò presta. Esta opinion, dice Ligorio lib. 3. tr. 5. cap. 3. dub. 7. num. 768. parece la aprueba N. SS. P. Benedicto XIV. en su Carta *Vix pervenit* de 1. de Noviembr. de 1745. donde dice: *Neque item negatur posse multoties pecuniam ab unoquoque suam per alios diversæ profus naturæ à mutui naturæ contractus rectè collocari, & impendi, sive ad proventus sibi annuos conquiritendos, sive etiam ad licitam mercaturam, & negotiationem exercendam honestaque intidem lucra percipienda.* Y en el Synodo Dioces. lib. 10. cap. 5. num. 10. donde dice: *Non enim verò negamus, posse Mutuantem, qui solet pecuniam suam negotiatione augere, aliquid percipere à Mutuatario titulo ejus quod interest, hoc est lucris cessantis, aut damni emergentis.*

5 Mas adviértase, que para que en el mutuo se pueda reportar interèz por el daño emergente, ò lucro cessante, se requiere lo primero, que el lucro cesse verdaderamente por motivo de lo que se mutua, ò presta, ò que el daño, que experimenta el Mutuante, lo experimente por razon de mutuar, ò prestar; pues pudiendo impedir el daño, ò adquirir el lucro por otro medio, como pudiera suceder, si tuviera otras cantidades para tratar, y contratar comodamente, entonces, como el mutuo no es causa del daño emergente, ni del lucro cessante, no puede pedir, ni recibir mas del principal. Si yà no es, que las
otras

otras cantidades las tuviera reservadas para las necesidades ocurrentes, ò para el uso, y comodidad de su familia, como dotar las Hijas, evitar los infortunios, que probablemente suelen acontecer, hacer la vejez menos gravosa, y asì de otras. Porque en tal caso, le han de reputar para el efecto, como si no las tuviera; y no impiden, que pueda recibir mas de lo que es el principal, que mutua, ò presta, como sien en comunmente los Doctores con Molina *disp.* 316. *post init.* Rebello *part.* 2. *lib.* 8. *quæst.* 6. *num.* 2. Lefsiolib. 2. *cap.* 20. *dub.* 11. *num.* 86. Salas de *Usuris dub.* 20. *num.* 5. Rosignolo *prænot.* 13. *num.* 8. Antonio del Espiritu Santo *disp.* 15. *num.* 597. Giribaldo en el cit. *cap.* 3. §. 1. *num.* 64. los Salmaticenses *cap.* 3. *num.* 84. y Ligorio *num.* 771.

6 Con todo muchos Doctores tienen por probable, que aunque el Mutuante tenga otras cantidades ociosas, con que puede tratar, y contratar, y impedir la cessasion del lucro, que probablemente espera por la cantidad, que mutua, si verdaderamente tenia essa cantidad destinada para el trato, puede licitamente pedir por ella el lucro cessante. Y es la razon, porque en dicho caso, la cantidad, que mutua, era la que probablemente havia de fructificar, y no la que tiene ociosa; y asì se verifica, que por razon del mutuo, cessa el lucro, ò que el mutuo es causa de que el lucro cesse. Fuera de que, el Mutuante no està obligado à destinar para la negociacion, en gracia del Mutuatario, la cantidad, ò caudal, que no tiene destinado para negociar. Veanse los Salmaticenses *cap.* 3. *num.* 86. donde citan por esta opinion à Trullench, Villalobos, Lefsió, Palao, Salas, y Valencia. Asì tambien Antonio del Espiritu Santo *disp.* 15. *num.* 597. alegando à Lugo, á quien cita tambien Ligorio, y à mas de los expressados Autores, alega à Tamburino *lib.* 9. *tr.* 1. *cap.* 3. §. 4. *num.* 2. y à Sporer de 7. *præcep.* *cap.* 4. *num.* 44. con otros. Y aun añade el citado Antonio del Espiritu Santo, que el Mutuante puede reportar el lucro cessante, quando de la misma negociacion extrahe el dinero para tenerlo prompto, y à la mano, para los que piden mutuos; y dá la razon, por-
que

que en el dicho caso, se verifica, que por razon del mutuo, le cessa el lucro y cita por sí à Basseo, Lessio, Tamburino, y Lugo *disp. 25. num. 94.* Todo se puede vér en Giribaldo *num. 65.* el qual es de sentir, que todo esto pide mucha cautela, y examinar bien, si el lucro cessa, ò el daño es emergente, por razon del mutuo: pues si el Mutuante en realidad de verdad havia de tener ociosa en el arca la cantidad, que mutua, y nada le havia de fructificar; ò usa de otra con la misma comodidad para la negociacion, especialmente, si es hombre rico, que abunda de comodidades, facilmente se puede incurrir en usura paliada. Y Ligorio en el citado *num. 771.* concluye diciendo, que no admitiría la sobredicha doctrina, sino en el caso, que el Mutuante, quando mutua la cantidad destinada para negociar, tuviere animo de no exponer à negociacion, y comercio, la que tiene ociosa, y reservada.

7 Requiere se lo segundo, que desde el principio del trato, haga el Mutuante presente al Mutuatario el lucro cessante, ò el daño emergente, por cuyo motivo le pide mas de lo que vale el principal, que le mutua, ò presta; y no haciendolo así, no debe, ni puede recibir despues mas de lo que el principal importa, aunque se le siga daño, ò le cesse el lucro, pues se presume, que se lo condona, y remite. Y siempre puede el Mutuatario exceptuar, y decir, que si supiera, que le prestaban, ò mutuaban la cantidad tan costosamente, no la huviera recibido. Así Castro Palao *disp. 4. pun. 15. num. 4.* citando à Navarro, Rebello, Lessio, Layman, y Salas, alegados de Giribaldo en el lugar citado *num. 66.* con Rosignolo. Si yá no es, que el lucro cessante, ò el daño, se siguiera por culpable tardanza del Mutuatario en pagar al tiempo estipulado lo que le prestaron, ò mutuaron; que entonces queda obligado á la satisfaccion del daño, y à compensar el lucro, que cesó por su culpa. La razon es, porque quando en los contratos se señala tiempo para pagar, se presume pacto, ò tacito convenio, de que, si el deudor no paga, pudiendo pagar en dicho tiempo, queda obligado à satisfacer, y compensar los daños, y atrasos, que por

por su culpa se le siguen al dueño, como con Molina, Rebello, Navarro, Reginaldo, y otros, tienen Bonacina *disp* 3. q. 3. *pun.* 4. *num.* 4. y el citado Giribaldo *num.* 67. Y aun deberá satisfacer, y compensar los daños, que al dueño Mutuante se le siguen, por no pagarle en el tiempo estipulado, aunque la dilacion de la solucion ò paga, sea sin culpa del Mutuatario, ò deudor, si acaso lo pactaron así en el principio expressamente. Así Salas *dub.* 19. *num.* 9. Rebello *lib.* 8. *quest.* 7. *num.* 4. Lesio *cap.* 20. *dub.* 10. *num.* 69. Palao *num.* 12. Bonacina *pun.* 4. *num.* 5. los Salmaticenses *cap.* 3. *num.* 82. alegados, y seguidos de Giribaldo *num.* 68. Si yá no es, que quando el Mutuante prestó el dinero, conociesse, que el Mutuatario no podia bolverlo en el tiempo señalado, como nota al intento el Señor San Antonino de Florencia *part.* 2. *tit.* 1. *cap.* 7. §. 15.

8 Algunos Doctores dicen, que para pedir, y recibir mas de lo que importa la suerte principal, por razon, ò titulo del lucro cessante, ò del daño emergente, no es menester que el Mutuante haga presentes estos motivos al Mutuatario; pues este los debe presumir, y no debe persuadirse à que el Mutuante no tiene justo motivo para pedir el exceso. Así Lugo *disp.* 25. *num.* 74. y *num.* 182. con Soto, Aragon, y Salon. Cayetano, Tapia, y Villalobos alegados de los Salmaticenses *cap.* 3. *num.* 83. segun a estigua Ligorio *lib.* 3. *tr.* 5. *cap.* 3. *dub.* 7. *num.* 769. *pag.* 206. y cita tambien à Salas por esta opinion. Pero tengo la contraria por mas fundada con los citados Salmaticenses. Lo uno, y es razon mas univertal, porque para que un contrato tenga fuerza, no basta la voluntad interpretativa, ò condicional, sino que es menester la voluntad actual, ò virtual, ò à lo menos, expressada alguna vez, y no retratada. Y lo otro, porque en caso de que el Mutuante no haga sabedor al Mutuatario del daño emergente, ò del lucro cessante, pudiera tal vez este consentir en el trato, juzgando, que no teniendo el Mutuante justo titulo para pedirle mas de lo que es, ò importa el principal, no le pedirá, ni cobrará à su tiempo el exceso usurario; ò que si se lo cobra, se lo bolverà, estimulado de la pro-
M pria

90

pria conciencia; ò que à lo menos, se lo restituirà en el articulo de la muerte. Así tambien Concina *tom. 7. pag. 406. num. 4.* & *pag. 465.* el Continuator de Tourneli *tom. 1. pag. 505. Vers. quarta,* y otros, à quienes cita, y sigue el citado Ligorio *num. 769.* Si yà no es, que realmente exista titulo legitimo para pedir el exceso, y así el Mutuante, como el Mutuario consintieren expressamente en contratar del mejor modo que puedan: pues en este caso, no se necesita de que el Mutuante haga mayor expresion de los motivos, que le asisten, para pedir el exceso, como nota el mismo Ligorio, y veremos despues.

9 Requierefe lo tercero, que el exceso, que se dà por razon del daño emergente, ò lucro cessante, no se dà desde el principio, ò quando se dà el mutuo, sino despues, pasado que sea conveniente intervalo. En esta atencion, si Gethulio mutuàra cien pesos à Antonio, y le pidiera diez pesos de interès, por estimarse en tanto el lucro, que à Gethulio le cessa por este mutuo, no los debe, ni puede recibir luego, que mutua los cien pesos, porque en este caso no mutuarìa ciento, sino noventa, y compensarìa el lucro, que le cessa de noventa, como si fueran ciento. Así Palao *num. 9.* Rosignolo *num. 8.* Bonacina *disp. 3. quest. 3. pun. 4. num. 13.* Molina, Lessio, y Salas, citados, y seguidos de Giribaldo *num. 69.* Con todo, Azor *part. 3. lib. 5. cap. 5. quest. 3.* y Salas *de Usuris dub. 19. num. 11.* dicen lo contrario; con tal, que el exceso no se saque de la misma cantidad, que se dà à mutuo. Vease à Gonzalez Matheo *tr. 17. §. 2. num. 14. pag. 407.* y à Diana coordinado *tom. 6. tr. 3. resol. 47. pag. 113.*

10 Requierefe lo quarto, que el lucro cessante, y el daño emergente no sean imaginados, sino verdaderos; para lo qual, basta, que haya probabilidad de ellos, como nota Giribaldo *num. 69.* con Gutierrez, Villalobos, Tapia, y Maldero, alegados por los Salmaticenses *cap. 3. num. 83.* Lo mismo dice Ligorio *num. 770.* y alega tambien à Tamburino *in Dec. lib. 8. tr. 3. cap. 8. §. 3. num. 4.* & 14. à Navarro, Salas, Silvio, y otros

otros con Tourneli *com. 1. pag. 506. Vers. Queres*. Lo qual tiene lugar, aunque despues al Mutuante no se le siga daño, ni cesse el lucro, pues el peligro probable de que puede seguirsele daño, ò cessar el lucro, es precio estimable. Y por esta misma razon, probablemente juzga Bonacina *disp. 3. pun. 4. num. 13.* que el Mutuante, que solo probablemente tenia destinado el dinero para negociar, puede pedir algo por el mutuo *pro rata probabilitatis*. Y Tamburino *lib. 9. rr. 1. cap. 3. §. 4. num. 3.* y Lugo *disp. 20. num. 2.* con Salas, dicen, que si el Mutuante está indeciso, ò dudoso, sobre si negociará, ò no, con el dinero, que dà à mutuo, puede tambien pedir algo por mutuarlo: y dà la razon, porque en este caso, se priva en gracia del Mutuario de la potestad de deliberar, y de destinar el dinero, que mutua, al trato, y negociacion; lo qual es precio estimable: pues no està obligado à privarse graciosamente, y en beneficio ageno, de dicha libertad. Al modo que, si uno està dudoso, y indeciso, sobre si mañana pescará, ò no pescará, y en beneficio de otro se obliga à no pescar, puede licitamente pedir algo por esto: y Ligorio en el citado *num. 770.* dice, que no es improbable.

11 Otros dicen, que el que no tiene destinado el dinero absolutamente para negociar, sino condicionalmente, diciendo V. g. *Yo negociaría, sino huviere tantos, que pidieran mutuo,* puede tambien licitamente pedir, y recibir interès por la cantidad, que mutua. Así Lelsio *lib. 2. cap. 20. num. 90.* Layman *lib. 3. rr. 4. cap. 16. num. 8.* Tamburino *lib. 9. cap. 3. §. 4. num. 4.* Sporer, de 7. *precep. cap. 4. num. 44.* y los sigue Ligorio *num. 772.* Ni vale decir, que este Mutuante comete usura, porque como solo quiere ineficazmente negociar, eficazmente quiere ganar por el mutuo. Pues à esto responde Ligorio, que aunque solo tenga voluntad ineficaz de negociar, tiene voluntad eficaz de ganar justamente: y como esto lo puede hacer por la negociacion, y de esta se priva por el mutuo, que dà, se sigue, que el mutuo es causa de que cesse el lucro, que espera; y así puede sin usura pedir interès por lo que dà à mutuo.

12 Requierefe lo quinto, que el Mutuante no pida, ni reciba por el mutuo todo el lucro, que espera ganar con la cantidad, que mutúa, por medio de otro contrato licito, fino el lucro, que espera en dicho contrato, sacadas las expensas necesarias, trabajos, y peligros, á juicio de Varon prudente. Y la razon es clara; porque si el Mutuante negociara con el dinero, que dà à mutuo, en tal caso, recaia sobre él el peligro, no solo del lucro, fino tambien del principal. Y fuera de esto, no vale tanto un lucro expuesto à peligro, como un lucro cierto. Así el citado Githbaldo *num.* 69. con Soto, Aragon, Bañez, Reginaldo, Navarro, alegados de Bonacina *pun.* 4 *num.* 12. y dice, que es sentencia comun con el Señor Santo Thomas *quest.* 62. *art.* 4. y *quest.* 78. *art.* 2. *ad* 1. Pero Ligario en el citado *cap.* 3. *num.* 169. tiene por mas probable, que aunque se deben tener presentes el peligro, y las expensas, no se debe atender al trabajo, atento à que el Mutuante pudiera de buena gana tomar el mismo trabajo, que toma el Mutuatario. Y añade, que si se huviera de estimar el trabajo del Mutuatario, rara vez se les podría pedir algo à los Mercaderes por razon de lucro cessante: pero concluye, ser equidad atenderlo en algun modo, especialmente, si fuere grande, y el Mutuante probablemente no podía practicarlo sin costos.

13 Para no errar en esta tassa, juzga nuestro Gonzalez Matheo *tr.* 17. §. 2. *num.* 14. que el Mutuante rebaje del lucro lo que daría por su assecuracion. Pongo por exemplo. Espera Gethulio ganar diez por ciento, y para que otro le assegure esta ganancia, le dá una tercera parte de ella. Luego si en lo que dà à mutuo, corresponde ganar en el negocio trescientos pesos, no puede llevarle al Mutuatario sino doscientos por razon del lucro cessante; porque este le dà el lucro assegurado, y por la assecuracion le corresponde la tercera parte, y rebajada esta de los trescientos pesos, que se suponen de ganancia expuesta à peligro en la negociacion, le quedan à Gethulio Mutuante doscientos, por razon del lucro cessante. Esta misma tassa pone Diana *coordenado rom.* 6. *tr.* 3. *resol.* 26. y cita por ella à Lelsio *lib.* 2.

cap. 20. *dub.* 11. *num.* 97. *Bonacina de Contract. disp.* 3. *quest.* 3. *pun.* 4. *num.* 3. y *Reginaldo tom.* 2. *lib.* 23. *cap.* 8. *num.* 86. De todo lo qual se infiere, q̄ si G. hallo, por mutuar à otros su dinero, huvieffe despues de buscar quien se lo preste, y pagar reditos: ò no pudieffe mercar en tiempo oportuno lo que necessita para su casa, y familia, y despues lo huviere de mercar mas caro; lo qual viene à ser daño emergente por causa del mutuo: ò le cesàsse algun lucro honesto, que podia adquirir con el dinero, mercando algunos géneros, y vendiendolos mas caros; lo qual viene à ser lucro cessante: puede licitamente reportar interés por estos titulos. Pero nunca se valga de estos, ni de otros motivos, sino son verdaderos, en fraude de las usuras, teniendo presente lo que dice el Salvador por San Lucas *cap.* 6. *Benefacite, & mutuum date, nihil inde sperantes.*

CASO 2.

Se examina, si el peligro de perder, ò de no recuperar el principal, sin molestias, y gastos, es titulo justificado para reportar interés por el mutuo.

1 D. **E**Varisto suele prestar algunas cantidades à Sujetos, de cuya honradex, y palabra, no tiene suficiente conocimiento; y teme, que para cobrarlas, le cueste alguna molestia, ó que algunos se ausenten, ò mueran estando insolventes. Por este motivo, no las presta sin convenirse con ellos, que le han de dar un tanto de interés proporcionado à la cantidad, que respectivamente mutua. Se pregunta, si no siguiendosele daño alguno, ni cessandole lucro, puede por el dicho titulo recibir interés sin usura.

M. Para resolver esta duda, mas dificil en la practica, que en la especulacion, supongo, que como el peligro de perder el principal es un evento incierto, y fortuito, de recuperarlo en el todo, ò en parte, se puede considerar como frivolo, vano, improbable, y remoto, que algunos llaman *ordinatio*, y es intrinseco à todo mutuo. Y en verdad, aunque algunos son de sentir, que por este peligro se puede pedir, y recibir interés, ten-

94

go por cierto, que no es título justificado, y suficiente para pedirlo, ni recibirlo. Así muchos Doctores, cuya doctrina sigue La Croix lib. 3. part. 2. de Usur. num. 854. mal alegado por un moderno Author por la parte contraria. Y si esto no es así, no sé en qué sentido se deba entender aquella sentencia del Salvador, que yá queda referida, y en esta materia es menester tenerla siempre presente: *Mutuum date nihil inde sperantes.* Y esto me parece ser lo que N. S. P. Benedicto XIV. resuelve en su Carta *Vix pervenit*, citada también en el caso antecedente, y muy digna de leerse muchas veces, y dice así: *Sed illud diligenter animadvertendum est, falso sibi quemquam, & non nisi temere persuasurum reperiri semper, ac presto ubique esse, vel una cum mutuo titulos alios legitimos, vel secluso etiam mutuo, contractus alios justos, quorum vel titulorum, vel contractuum presidio, quotiescumque pecunia, frumentum, aliudve id generis alteri cuicumque creditur, toties semper liceat auctarium moderatum, ultra sortem integram, salvamque recipere.*

2 En consecuencia de lo dicho, la dificultad presente debe proceder del peligro proximo, probable, verosimil, y prudente, de perder el principal, que algunos llaman extraordinario, y extrínseco al mutuo: y puede ser peligro de hecho, ó de derecho. El de hecho es aquel, que reside, ó carga, sobre el Mutuatario, el qual desde el punto, que recibe el mutuo, carga en sí la obligacion de integrar la suerte, que recibe; y caso que perezca, para él perece, atento à que el mutuo à mas de concederse para el uso, transfiere dominio: *ex meo fit tuum*: y en esto se distingue del Comodato, Arrendamiento, y otros Contratos, en los quales, aunque se concede el uso de la cosa, no hay translacion de dominio. El peligro de derecho es aquel, que por contrato distinto del mutuo reside, ó carga, sobre el mismo Mutuante, como suele suceder, quando este hace convenio con el Sujeto, à quien dà el mutuo, por un tanto de interés, que le promete, ò le dà, que si acaso la suerte mutuada perece, ò porque roban al Mutuatario, ò porque la Nave, en que navega, naufraga, ó por otra casualidad, no perece pa-
ra

ra el Mutuatario, sino para el Mutuante. Esto supuesto.

3. Muchos, y graves Doctores son de sentir, que el peligro probable, y verosímil de perder el principal mutuado, no es título suficiente, y justificado, para pedir, y recibir interés, sea peligro de hecho, ó sea de derecho. Lo primero, porque hablando del peligro de hecho, este es intrínseco al mutuo, y si por él se pudiera reportar interés, jamás se verificaría mutuo gracioso, que es el que manda el Evangelio; ni habría usura alguna entre los Christianos. Lo segundo, porque este peligro no carga sobre el Mutuante, sino sobre el Mutuatario; pues este es el que queda obligado á integrar el principal, en caso que pereciera: luego pedirle interés por este peligro, es gravarlo injustamente. Lo tercero, porque el ladrón, que hurtó una cantidad, cumple con restituirla, sin dar interés por el peligro, de que se perdiera: luego lo mismo se ha de decir del Mutuatario. Lo quarto, hablando del peligro de derecho, por constar así en el *cap. Naviganti de Usuris*, que es el XIX del lib. 5. de los Decretales tit. 19. y dice así: *Naviganti, vel eunti ad Nundinas, certam mutuans pecunie quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus. Ille quoque qui dat decem solidos, ut alio tempore totidem sibi grani, vini, vel olei mensura reddantur, que licet tunc plus valeant, utrum plus, vel minus solutionis tempore fuerint valitura, verisimiliter dubitatur, non debet ex hoc usurarius reputari. Ratione hujus dubij etiam excusatur qui pannos, granum, vinum, oleum, vel alias merces vendit, ut amplius quam tunc valeant, in certo termino recipiant pro eisdem: si tamen ea tempore contractus non fuerat venditurus.* Tuve por conveniente referir todo el Capitulo. por ser muy doctrinal, no obstante; que solo la primera clausula es la que hace al intento presente; como tambien la Glosa, que allí pone el siguiente caso: *Alquis mutuavit certam pecunie quantitatem alicui Naviganti ultra mare, vel eunti ad Nundinas; & pro eo quod Creditor recipit in se periculum pecunie, recipit aliquid ultra sortem. Queritur: utrum usurarius sit censendus? Et respondit Papa quod sic.* Así Concina in *Comp. lib. 9. dissert. 4. cap. 4. per. tot.*

pag. 51. donde alega por sí en el *num* 11. á Bañez, Gennaro, Rebello, Tapia, Gutierrez, Balletino, y otros con el Señor Santo Thomàs, si acaso el Santo Doctor es Author del *Opusculo* 37 cap. 6. Natal Alexandro lib. 3. art. 5. Reg. 3. Navarro cap. 23. num. 81. Soro lib. 6. *quest.* 4. art. 1. ad 1. y Genetto tom. 1. tr. 4. cap. 7. per tot. pag. 244.

4 Otros muchos Doctores, cuya sentencia tengo por mas probable, son de sentir, que el Mutuante licitamente puede pedir, y recibir interès por el mutuo, si concurre peligro verosímil, prudente, y probable de hecho, ò de derecho, de perder el principal en parte, ò en el todo, ò de no recuperarlo sin gastos, y molestias. Así Giribaldo tr. 3. cap. 3. *dub* 8. §. 2. per tot. con Juan Medina, Cordova, Aragon, Salon, Lefcio, y otros, que cita, y sigue Castro Palao tom. 7. tr. 33. *disp.* 4 *pun.* 17. per tot. Busembaum, Silvio, Silvestro, el Còtinuador de Tourneli, Vivigant, Fagnano, Cabassusio, Lugo, y otros, que cita, y sigue Ligorio lib. 3. tr. 5. cap. 3. *dub.* 7. num. 765. Trullench lib. 7. c. 19. *dub.* 11. num. 1. Villalobos tr. 22. *dis.* 11 n. 1. Bonacina *disp.* 3. *quest.* 3. *pun.* 5. n. 1. Diana, Pedro Navarra, Valencia, y otros, que citan, y siguen los Salmaticenses tr. 14. cap. 3. de Mut. *pun.* 10. per tot. Holzman de Contr. tr. 3. cap. 3. n. 161. Sabino Bon. tr. 33. num. 112. pag. 325. Amori tr. 6. §. 18. de Mut. *quest.* 7. num. 7. pag. 671. La Croix tom 3 lib. 3. *part.* 2. num. 851. Layman, Sporer, Hllsung, y otros à cada passo. La razon es, porque el peligro probable, y prudente, de perder el principal, es precio estimable: luego licitamente puede el Mutuante pedir, y recibir por èl, algun interès. Confírmase: si Evaristo en nuestro caso no quisiese prestar el dinero, sino à los que le diessen fiador seguro, ciertamente podia el fiador pedir interès al Sujeto, que fiaba, por la fianza, que le hacía; en atencion, à que si èl no pagaba, havia de pagar el fiador, y esta carga, y peligro es precio estimable: luego licitamente puede tambien Evaristo pedir, y recibir interès por las cantidades, que presta, haviendo peligro verosímil, y probable de que, ò puede perder el principal en parte, ò en el todo, ò de que para recuperarlo, se le han
de

de seguir gastos, y molestias; pues esto tambien es precio estimable. Confirmase otra vez: porque las deudas peligrosas son de menor estimacion, que las ciertas; por cuya razon, es licito mercar una deuda incierta, por menos de lo que monta: luego tambien es licito pactar con un Mutuatario de fé dudosa, que por noventa pesos ciertos, que Evaristo le murúa, y los expone à peligro de no recuperar, le dé en el tiempo convenido cien pesos, atento à que esto viene à ser mercar cien pesos inciertos, por noventa ciertos. Hacen à este intento la *Sess.* 10. del Concilio Lateranense *sub Leone X.* y una declaracion de la Sagrada Congregacion de Propaganda, que alegan muchos de los Patronos de esta Senténcia, y se pueden ver en Ligorio en el lugar citado *num.* 205. donde alega tambien por esta opinion al Señor Santo Thomàs.

5 Dos advertencias juzgo aqui muy oportunas. La 1. es, que para que Evaristo licitamente pueda percibir interès en el caso puesto, no es menester, que se verifique nada de lo que prudentemente se temia: pues el pacto de reportar interès, no lo hizo por el daño futuro, sino por el peligro del daño, lo qual es muy distinto: y así basta, que sea probable, aunque despues ningun daño se le siga, como notan los *Salmaticenses num.* 89. La 2. advertencia es, que si los que piden el dinero prestado, ô à mutuo, à Evaristo, le dàn fiador seguro, en este caso no puede licitamente pedir, y recibir interès por solo el titulo de peligro de perder el principal: pues ya cessa el dicho peligro. Y por consequencia, si no concurre otro titulo justo, para convenirse de que le den interès por el mutuo, cometerà usura. Y lo mismo se ha de decir en caso, que el que pide el dinero, quisiese dàr fiador seguro, y Evaristo no lo quisiese: ô en caso, que Evaristo no quisiese prestarlo, sino siendo fiador el mismo Evaristo, y tener este titulo para reportar interès, como advierte Giribaldo *num.* 71. Pues esto seria obligar al Mutuatario por el mutuo, à que hiciesse contrato de aseguracion con el Mutuante; y por ser precio estimable, seria usura, como veremos luego.

6 Al primer fundamento contrario, responde Castro Pa-

98

la *num.* 3. que el peligro probable de perder el principal no es intrínseco al mutuo, ni nace de él, sino de que el mutuo se dè à un hombre de fé dudosa, y así se puede por él pedir interés. Al 2, respondo, que aunque el Mutuatario quede obligado à integrar la cantidad mutuada, esto no quita, que el Mutuante conofca peligro de que no se le integre, ò de que no la recupere sin molestias, y gastos, puesto que no la tiene assegurada, como de sí està bien claro, y lo confirma la experiencia no pocas vezes. Al 3. respondo con Ligorio, que por solò el peligro de perder el principal, no se puede reportar interés por el mutuo, como ni tampoco se puede reportar por solo el titulo de daño emergente, ò de lucro cessante: pero así como es licito pedir, y recibir interés por el daño emergente, ò lucro cessante, quando estos titulos se deducen en pacto, así es tambien licito pedir, y recibir interés por el peligro quando este es el titulo para pactarlo. Y de aquí se infiere la disparidad: pues el ladrón no ha hecho pacto con el Dueño de la cosa que hurtò, de darle interés por el peligro.

7 Al 4. y por lo referente al Cap. *Naviganti*, dicen muchos, que para que la primera, y segunda clausula tengan la debida coherencia, donde dice la primera *Usurarius est censendus*, debe decir: *Usurarius non est censendus*: pues de lo contrario, no debiera comenzar la segunda por aquellas palabras: *Illa quoque*, sino que debiera comenzar: *Sed ille*: ò *Ille autem*: ò *Ille è contra*, segun reflexionan Layman, Tournelt, Giribaldo, La Croix, Sporer, Ligorio, Palao, los Salmaticenses, y otros: y así parece estàr mal impresso el referido Capitulo. Fuera de que, entendido como suena la letra, el Papa no dice, que el Mutuante en tal caso sea usurero, sino que en el fuero externo se reputè por tal, lo qual es muy distinto. Al modo que, dice Ligorio, si el Obispo recibiera de uno un dòn gratuito, y despues le confirièra un Beneficio, en el fuero externo seria simoniacò, y no lo seria en el interno. Otros dicen, que el dicho Capitulo se debe entender, quando haviere mutuo rigoroso, sin pacto expreso de aseguracion; pues en tal caso el peligro solo se puede pre-

presumit como pretexto para paliar la usura, segun nota Krimmer *lib. 5. tit. 19. num. 1035.* y lo sigue Holzman *num. 764.* Otros, y à mi vèr mas al intento, responden, que lo que el Papa Gregorio IX. declara en dicho Capitulo, es, que el Mutuante es usurero quando obliga al Mutuatario, por razon del mutuo, à que haga con él el tal contrato de assguracion; esto es, à que el Mutuante tome en sí el peligro del principal, lo qual es usura, como se dixo arriba. Assi Giribaldo *num. 71.* y otros: el qual añade oportunamente, q̄ si el Mutuante hiciesse el tal contrato no obligando por razon del mutuo al Mutuatario, licitamente podia pedir por èl interés, pues es precio estimable. Pero oigamos por todos al admirable Dr. el Sr. S. Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 7. §. 21.* donde dice: *Quid de eo qui mutuavit Naviganti, vel eunti ad Nundinas recepturus aliquid ultra sortem, pro eo quod suscipit in se periculum, id est, si pecuniam, vel merces inde emptas portaverit salvas, alias mihi recepturus etiam de sorte? Respondeo per distinctionem secundum Joannem Neapolitanum in Quodlibetis, & Joannem Calderinum, quod aut illud ultra sortem recipit ratione mutui tantum, & sic est usura, non obstante, quod periculum ipse suscipiat, & iste est casus etiam Capitis Naviganti. Aut recipit illud ultra sortem præcisè ratione periculi, ut pretium periculi, & sic NON EST USURA, sed licitum. Nam etiamsi non mutuaret, & periculum Navigantis in se vellet recipere, licitè posse recipere pretium periculi: nec propter hoc quod ei servitium faciat in mutuando, efficitur deterioris conditionis. Aut aliquid ultra sortem recipit talis Mutuans, partim ratione periculi, & partim ratione mutui, & tunc usura est quantum ad id, quod plus recipit ratione mutui, & illud tale tenetur restituere.*

CASO 3.

Se examina, si es licito vender al fiado, ò à credito las mercaderias, por mayor precio del que se venden por el dinero.

I D. **H**Ypolito Mercader ha adquirido algun caudal, vendiendo s. s Mercaderias en muchas ocasiones mas ca-

ras al fiado, que con el dinero: y porque aun prosigue haciendo lo mismo, pregunta si podrá proceder assi en adelante, ò si deberá restituir algo de lo que ha ganado tratando como queda dicho.

M. Para responder à este caso, que no solamente es diario, sino que sucede cada dia muchas vezes, conviene advertir ante todo, que el precio justo de las mercaderias puede ser legal, ò legitimo, y es aquel, que està tassado por ley, ò por estatuto, ò por mandato superior, atendiendo à la abundancia, ò escassés de ellas; à la multitud, ò inopia de mercaderes, y otras circunstancias: y con este, todos se deben conformar; atento à que la tassa se señala por la publica potestad, en beneficio del comun, y para evitar injusticias, y fraudes. Y por lo mismo, no solo obliga en el fuero externo, sino tambien en el interno: y como por su transgression se viola la justicia, induce obligacion de restituir, sino constare, que la dicha tassa es injusta; como mas comunmente tienen los Doctores, y citando, y siguiendo à muchos lo resuelven assi: Giribaldo *tr.* 3. *cap.* 2. *dub.* 6. *num.* 48. Castro Palao *tr.* 33. *disp.* 5. *pun.* 4. *num.* 4. y Sabino *tr.* 34. *num.* 12. *pag.* 335. donde dice, que el precio legitimo, ò legal, consiste en indivisible: esto es, que no se puede aumentar, ni disminuir por privada authoridad del que merca, ò vende; con obligacion de restituir el exceso, ò el defecto de la tassacion.

2 A mas de esto, puede considerarse el precio justo de las mercaderias como natural, y vulgar, y es aquel, que tienen en la privada estimacion de los hombres inteligentes, practicos, y timoratos; considerando tambien la abundancia, ò carestia de ellas, ò de los compradores, ò vendedores, su mayor, ò menor bondad, y assi de otras circunstancias, y este se divide segun todos en precio infimo, ò piadoso, en medio, ò moderado, y en sumo, ò rigoroso. El infimo, ò piadoso, es el minimo, con que la mercaderia puede mercarse sin lesion de la charidad, ò justicia. El sumo, ò rigoroso, es el mayor, à que se puede vender sin violacion de la justicia, y charidad: Y el medio, ò moderado, es el que media entre los dos. Pongamos un exem-

exemplo con el Doctor Amott *rr. 6, §. 7. de Emp. num. 4.* y supongamos, que en la Feria se venden tres Cavallos de igual bondad, uno por noventa pesos, otro por ciento, y otro por ciento y diez: en cuyo supuesto, el precio del primero es infimo, el del segundo es medio, y el del tercero es supremo. De lo qual hemos de inferir necessariamente, que el precio natural, y vulgar, no consiste en indivisible, como el legal, y legitimo, y es comun entre los Doctores.

3 Esto supuesto: si Hypolito, aunque vendió mas caras al fiado sus mercaderias de lo que ha acostumbrado venderlas por el dinero, las vendió dentro de precio justo, aunque fuesse à precio supremo, ha procedido bien, y todos sus lucros son bien adquiridos. La razon es clara; porque licitamente puede qualquiera vender, y mercar dentro de precio justo; y Hypolito, como suponemos, no ha excedido los limites de precio justo, aunque haya vendido à precio infimo, ò medio, por el dinero, y à precio sumo, vendiendo al fiado: luego los lucros adquiridos, licitamente son adquiridos, y licitamente puede proseguir tratando, y contratando del mismo modo, segun la doctrina comun de los Doctores alegada de los Salmaticenses *rr. 14. cap. 2. de Emp. pun. 11. num. 139.* Giribaldo *ubi sup. dub. 8. num. 78.* y otros à cada passo.

4 Pero si Hypolito vende, ò ha vendido sus mercaderias al fiado, excediendo los limites del precio justo riguroso, ò sumo, es preciso averiguar, si tiene, ò ha tenido titulo justo, para hacerlo, ò si no ha tenido, ni tiene tal titulo. Si verdaderamente ha tenido titulo, ò motivo justo para venderlas al fiado mas caras, como lo son el daño emergente, el lucro cessante, y el peligro de perder, ò de no recuperar el principal, sin gastos, y expensas, segun queda dicho en los casos antecedentes, tambien procede, y ha procedido licitamente, con tal que haya proporcionado el exceso del precio al daño, que probablemente se le podia seguir, ò al lucro, que verosimilmente le podia cessar, y al peligro, que prudentemente ocurría, quando vendió las dichas mercaderias, de no poder recuperar su principal
fin

102

sin gastos, y molestias, ó de perderlo en el todo, ó en parte. Así Giribaldo en el citado *dub. 8. num. 80.* los Salmaticenses en el citado *pun. 11. §. 2. num. 149.* Y es la razon, porque en dicho supuesto, Hypolito no vendió las mercaderías consideradas solamente segun su intrínseco valor, sino como vestidas del daño emergente, lucro cessante, ó peligro de perder su importe en parte, ó en el todo, ó de no cobrarlo sin gastos, y molestias, lo qual es precio estimable. En cuya atencion, aunque el precio, á que Hypolito se supone haver vendido las mercaderías, haya excedido el justo supremo, atendiendo à su intrínseco valor, no se debe decir, que lo ha excedido, considerandolas como vestidas del daño, lucro, ó peligro referidos. Y por este modo de opinar, que es tambien de Ligorio *lib. 3. tr. 5. cap. 3. dub. 8. arr. 1. num. 810.* de Sabino *ubi sup. num. 29.* y de Castro Palao *tr. 33. disp. 5. pun. 12. num. 6.* alegan á muchos, y graves Doctores los Salmaticenses en el lugar arriba citado, y *pun. 9. §. 1. num. 89.* donde añaden, que concurriendo daño emergente, lucro cessante, ó peligro de perder la suette, ó de no recuperarla sin gastos, y molestias, es licito vender las mercaderías mas caras, y fuera del precio justo, aun en el caso de tener precio tassado por el Principe. Y es la razon, porque la tassacion mira à la mercadería en sí, y no con las dichas circunstancias. Así lo dice tambien Ligorio en el citado *num. 807.* con Busenbaum, Lessio, Bonacina, Trullench, y otros, con Layman *lib. 3. tr. 4. cap. 17. §. 5. num. 10.* Y aunque algunos limitan esta doctrina con Tourneli *tom. 1. pag. 444. in fine,* quando el vendedor vende rogado, y no la admiten quando él ruega, que le merquen, atentos à que en este caso, el proprio es causa del daño, que se le puede seguir, ó del lucro, que le puede cessar, ó del peligro, que puede experimentar; con todo, parece mas probable, que la sobredicha doctrina tiene lugar, aun en el caso, que el vendedor ruega, que le merquen. Y es la razon, con el citado Ligorio, porque el comprador, aceptando el contrato, ya es causa del daño, cessacion del lucro, ó peligro.

§. Advierten aqui los citados Ligorio, y Salmaticenses, que para

para que el Mercader, que vende las mercaderias al fiado, fuera del justo precio, por concurrir alguno de los expresados títulos, y motivos, proceda justa, y lícitamente, es menester, que haga sabedor al que la compra, del motivo porque se la vende mas cara. Lo mismo dice *Lessio lib. 2. cap. 21. num. 26.* Lugo *disp. 26. n. 89.* Busembaum, Trullench, Bonacina, Soto, y otros, que ellos alegan: Y nuestro Sabino *tr. 34. num. 29.* dice, que para que por los dichos títulos se pueda vender mas cara la mercaderia de que lo que vale, no basta hacer sabedor al que la compra del título, ó motivo, que concurre para venderla mas cara, sino q̄ se requiere tambien: Lo 1. que el Mercader en realidad de verdad huviesse de vender dichas mercaderias por menor precio al dinero, si no las vendiera á otro por mayor precio al fiado. Lo 2. que el Mercader huviesse de comerciar con el dicho dinero, y buscar con él el lucro. Y lo 3. que se rebaje del mayor precio, con que se venden al fiado, los gastos, que havia de tener, y el precio de los peligros, y los peligros, á que se havia de exponer, tratando con el dinero. Y concluye exclamando: O! quantos Mercaderes se condenan negociando con sus tratos el infierno para su alma! Vease tambien Sporer *tom. 2. tr. 6. cap. 5. Seff. 1. §. 4. num. 31.*

6. Esto no obstante, la referida sentencia de Sabino me parece rigorosa en la generalidad, con que el Author la pronuncia. Lo uno, porque aunque sea mas probable, que el Mercader debe informar al Comprador del daño emergente, y del lucro, que le cessa, para venderle la mercaderia al fiado, ó á credito, mas cara de lo que vale, segun se dixo del Mutuante en el *Caso 1. num. 8.* con todo la opinion, que dice, que puede efectuar el trato, sin darle tal informe, si los motivos son verdaderos, es probable; y á mas de los Autores, que allí se citan por ella, la defienden Pedro Navarra *lib. 2. de Restit. part. 2. dub. 9. n. 223.* *Lessio lib. 2. cap. 20. num. 74.* Bonacina *disp. 3. quest. 3. pun. 4. num. 7.* y otros, que citan los Salmaticenses *tr. 14 c. 3. de Mut. pun. 9. num. 83.* Y es la razon, porque en dicho caso, ni el Mutuante, ni el que vende, que para el caso es uno mismo, proceden

104

den con injusticia, supuesta la verdad de los motivos; aunque el que compra, ó el Matuatario, no los conoscan. Ni es de presumir, dicen los Autores de esta senténcia, que no consientan en dichos motivos, siendo, como se supone, verdaderos. Bien, que procederá sin duda mas sanamente el Mercader, que habiendo en la realidad, ó à lo menos probablemente, de vender las mercaderias por menor precio al dinero, con que probablemente havia de tener lucro, y sacadas las expensas, y precio del peligro, las vende mas caras, de lo que valen, al fiado, si informa, y avisa al Comprador del motivo porque se las vende mas caras, por si acaso el no quisiere mercarlas tan costosas, sabiendo, que el motivo, porque se las piden tan caras, es por el daño, que al Mercader le amenaza, ó por el lucro, que le cessa.

7 Mayor dificultad es para qualquiera Mercader, el haver de decirle al Comprador, que el motivo, porque se vende la mercaderia mas cara de lo que vale, es por el peligro, que puede experimentar en cobrar su importe: pues à mas de que los Compradores, por lo comun, se han de ofender, oyendo la dicha expresion, es verosimil, que algunos aumenten despues el peligro, como reflexiona Giribaldo en el citado *cap. 3. dub. 8. num. 81.* y de ello resuelve, que aunque en las ventas de Campos, Casas, y otras, que son momentosas, ó importan cantidades grandes, para cuya seguridad se acostumbra pedir fiador, ó prenda, sea verdadera la senténcia, que dice, que se haga saber al Comprador el motivo, porque se le vende la cosa mas caras; no juzga ser necessario el que el tal motivo se haga saber, por la referida razon, en las ventas de menor entidad, y ordinarias.

8 De todo lo qual se sigue necessariamente, que Hypolito, y qualquiera, que vende una mercaderia por mayor precio del justo supremo, que vale; solo porque se le ha de dilatar la paga, ó no le dan el dinero de contado, si de la dilacion de la paga no se le sigue daño alguno, ni le cessa lucro, ni hay peligro de que pierda su importe, porque el Comprador le dà prenda, ó fiador, es sin duda usurero: pues pacta, y recibe el dicho excoello por mútuo implicito. Pongamos para mas claridad, que Hy-

Hypolito vende á credito por veinte pesos una Mula, cuyo precio supremo, ó rigoroso, son quinze pesos. Y en este caso, si los cinco pesos mas, que concierta, y con que se conviene con el Comprador, no los pide, y pacta, sino por el solo título de que la venta es á credito, es lo mismo, que si le prestara quinze pesos con pacto, que le havia de bolver veinte; lo qual es usura: y de estos tratos se muy bien, que hacen muchos los Dueños de Hazienda, y otros, gravando á los pobres, y ocasionandoles muchos arrassos con sus injusticias. Y porque de lo dicho claramente consta tambien la resolucion del trato injusto, que en algunas partes hacen los Alcaldes Mayores, y llaman *Repartimiento de Mulas*, me abstengo de poner caso á parte sobre dicha materia, contentandome por ahora con authorizar lo dicho con la siguiente authoridad del Angelico Doctor el Señor Santo Thomàs 2. 2. *quest. 78. art. 2. ad 7.* donde dice: *Ad septimum dicendum, quod si aliquis carius velit vendere res suas, quam sit justum pretium, ut de pecunia solvenda Emptorem expectet, manifestè usura committitur, quia hujusmodi expectatio pretij solvendi habet rationem mutui: unde quidquid ultra justum pretium pro hujusmodi expectatione exigitur, est quasi pretium mutui, quod pertinet ad rationem usuræ.*

9 La dificultad mas ardua, que aqui se suele mover, es, si no interviniendo daño emergente, ni cessando lucro, ni habiendo peligro de perder el principal, ò de recuperarlo con molestias costosas, es licito vender mas caras á credito las mercaderias, por ser assi costumbre, y practica en algun País, en quanto á alguna, ó algunas especies de ellas. Dicen muchos, y graves Doctores, que esto es usura; porque en el referido caso, á los ojos se viene, que el exceso del precio que por ellas se pide, es solamente por la dilacion de la paga. Con todo, los Salamancaes *cap. 2. de Emp. pun. 11. §. 2. num. 151.* Castro Palao *tr. 33. disp. 5. pun. 12. á num. 5.* Ligorio *lib 3. tr. 5. cap 3. dub. 8. art. 1. n. 811.* con otros muchos, que alegan por si, dan este trato por licito. Lo 1. porque quando las mercaderias no tienen precio tassado por publica potestad, como suponemos que

106

no lo tienen en este caso, el precio justo, que tienen, es el que les pone la comun estimacion de los inteligentes y prácticos, los quales no solo atienden al valor de ellas en sí, sino al modo con que se venden: y por lo tanto, así como la estimacion comun de los inteligentes, y prácticos, puede hacer, que el precio justo de las mercaderias sea tanta cantidad, quando se venden por el dinero, así puede tambien hacer, que sea mayor, quando se dilata la paga.

10 Lo 2. porque el precio justo de las mercaderias se puede aumentar por la abundancia de los Compradores, así como se envilece por ser los Compradores pocos. Es así, que en el caso, que suponemos, son pocos los que mercan por el dinero, y muchos los que mercan al fiado: Luego bien se puede componer, que el precio menor sea justo, quando se mercan por el dinero, y que el mayor lo sea tambien, quando se venden á credito. Ni por esto hemos de decir, que se pide el exceso del precio por dilacion de la paga; sino que se pide el precio justo, que á juicio de los prácticos valen las mercancías, atendiendo al modo, con que se venden. Esta duda es muy parecida á la del Caso 6. de la Vigilia siguiente; y por lo que conduce á uno, y otro, concluyo el presente con la siguiente sentencia del Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 16. §. 3.* donde dice: *Valor rerum venalium vix, aut numquam potest à nobis determinari, nisi per conjecturalem, & probabilem opinionem: & hoc, non punctualiter sub indivisibili ratione, aut mensura, ni plus, & minus; sed sub aliqua latitudine competenti respectu temporum, locorum, & personarum: circa quam latitudinem diversi homines in aestimando differre probantur. Et hoc etiam dicit Beatus Thomas, quod valor rerum non consistit in puncto indivisibili: unde aliquantum plus, aliquantum minus emere, vel vendere, non tollit equalitatem, vel justitiam, dummodo non fiat excessus notabilis contra conscientiam.* Y poco despues añade, alegando à nuestro o Venerable, y Subtil Maestro Escoto: *Secundo, ipsa latitudo pretij potest innotescere ex consuetudine.*

CASO 4.

Se resuelve para mayor inteligencia del precio justo, que el que vende una cosa util, y comoda à sí proprio, la puede vender mas cara de lo que vale.

I D. Celestino hace mucha estimacion de un Caballo manso, y de genero, que le sirve para passearse, cuyo precio justo supremo, à juicio de inteligentes, son cincuenta pesos. Ruegale Albino, que se lo venda, porque lo desea para el mismo fin; y efectúan el trato de venta por sesenta pesos. Se pregunta, si puede Celestino recibir los diez pesos mas de lo que vale el Caballo, licitamente?

M. Respondo, que sí; y es la razon: porque en esse caso, el Caballo no se ha de valuar solamente por el intrinseco valor, con que los practicos lo estiman; sino tambien segun la utilidad, comodidad, y oblectacion, de que le sirve à Celestino, el qual en gracia de Albino, se priva de ellas: y siendo, como son, precio estimables, puede licitamente pedir, y recibir mayor precio por el Caballo, de lo que el Caballo vale por sí, à juicio de inteligentes. Afsi Sabino tr. 34. num. 31. pag. 338. Villalobos, Bonacina, Lessio, Lugo, Maldero, y Trullench, citados, y seguidos de los Salmaticenses cap. 2. de Emp. pan. 9. num. 90. y de Ligorio tr. 5. cap. 3. dub. 8. art. 1. num. 807. Y porque esta resolucion puede servir para resolver muchos casos, la quieto authorizar con el Señor San Antonino de Florencia part. 2. tit. 1. cap. 16. §. 3. donde dice, alegando, y siguiendo al Señor Santo Thomas: *Dictat enim discretio, quod cum res in se valeat decem tantum, habenti est chara, & utilis ut duodecim, si volo eam habere, dem sibi non tantum decem, sed quantum sibi valet.*

CASO 5.

Se resuelve al mismo intento, que por la necesidad, ò utilidad, que al Comprador se le sigue, no se puede vender la mercaderia mas cara.

I D. Hilario Arriero, necesitado à proseguir su camino, pide à Higinio, por haversele destroncado la Requa, que le

le venta quatro Mulas, cuyo precio justo supre no, en buena prudencia, son ochenta pesos. Se aprovecha Higinio de la necesidad de Hilario, y le pide, y recibe por ellas, cien pesos. Se pregunta si lo hace licitamente?

M. Respondo, que no; y es la razon: porque en este caso, Higinio no tiene mas motivo, como suponemos, para pedir, y recibir por las Mulas, mas del precio justo, que valen, que la necesidad, y utilidad de Hilario; y estas no puede venderlas, pues no son suyas. Quando la utilidad, ò necesidad está de parte del Vendedor, como en el caso antecedente, vende lo que es suyo, y puede pedir, y recibir mas por la mercaderia, como no se desvie enormemente de la justicia. Pero quando la utilidad, ò necesidad están de parte del Comprador, no puede el Vendedor pedir, ni recibir por la mercaderia mas de lo que vale, porque venderia lo que no es suyo. Ni la necesidad, ò utilidad particular puede variar el justo precio, como puede la necesidad, ò utilidad comun: porque la necesidad, ò utilidad particular no hacen variar la estimacion comun: y esta, y no la particular, es la que pone precio justo à las mercaderias. Así Sabino *tr.* 34. *num.* 31. Ligorio *ubi sup.* *num.* 806. con Bonacina, Feliu, y Lessio. Los Salmaticenses *ibidem* n. 91. con Bañez, Villalobos, Pedro Navarra, y Tapia. Holzman *tr.* 3. *cap.* 4. *de Emp.* *num.* 785. *pag.* 659. con Aunoldo *rom.* 4. *tr.* 10. *num.* 156. y Molina *tr.* 2. *de Just. disp.* 348. *num.* 6. Y porque esta resolucion puede conducir tambien para la de otros casos parecidos, oigamos al Señor San Antonino de Florencia *part.* 2. *tit.* 1. *cap.* 16. §. 3. donde dice: *Sed quamvis Emptor multum juvetur ex re, quam vult emere, si Venditor inde non damnificatur ex carentia ipsius rei, non propterea potest plus vendere rem quam valeat in se, quia utilitas, quæ supervenit Emptori, non est ex conditione Vendentis, nec ex conditione rei in se, sed ex conditione Ementis: unde non debet vendere illi, quod non est suum.* Y añade con nuestro Venerable, y Subtil Maestro Escoto, que si en este caso, el Comprador quiere liberalmente darle al Vendedor algo mas de lo que la cosa vale por el util, ò comodidad, que se le sigue, puede

de recibirlo licitamente. Estas son sus palabras allí mismo: *Si tamen sua liberalitate Emptor vult ali quid plus dare, quam valeat res, quia inde multum iuvatur, potest recipi. arg. 1. q. 2. Sicut.*

CASO 6.

Se resuelve, si por la obligacion, que hace el Mutuante, de no pedir el principal hasta que passe largo tiempo, puede exigir lucro: especialmente, si dixere, que su animo es proceder del mejor modo, que pueda.

1 D. **D**E ocho mil pesos en reales, que tiene Prudencio, tiene destinados los quatro mil para emplearlos en generos, y comerciar en su Tienda, y los otros quatro mil hace animo de reservarlos en la caja, para lo que se le puede ofrecer. Llega la Flota al Puerto de Vera Cruz, y desconfío Estanislao de ir à tratar, y contratar à la Feria, no sin esperanza de considerable lucro, por la inteligencia, que tiene en el comercio, si se hallara con facultades para ello, le ruega à Prudencio, que le preste, ò mutue todo el dinero que pueda, que de aquí à tres años se lo bolverà, y que por los tres años, que rentará el principal, le pagará reditos à razon de cinco por ciento. Escrupuliza algo à sus solas Prudencio con la propuesta de Estanislao, pero reflexionando, que este trato le está à cuenta, le entrega todos los ocho mil pesos, que tiene, con expressa obligacion de que no los ha de pedir hasta cumplidos tres años, percibiendo entre tanto el cinco por ciento; y por cerrar la puerta à su escrupulo, sobre el qual luego hace animo de consultar à un hombre docto, le dice à Estanislao, que su animo, y su intencion es de efectuar el tal trato del mejor modo, que se pueda. Ahora pregunta Prudencio à su Confessor, lo primero, si el haver mutuado con dicho interés los quatro mil pesos, que tenia animo de reservar, es usura? Lo segundo, si por haver expressado, que tenia animo de efectuar el trato del mejor modo, que se pueda, puede recibir interés?

2 M. Para la resolucion de este caso, hemos de suponer por cierto, que por privarse de los quatro mil pesos, que Prudencio tiene destinados para emplearlos, y negociar con ellos, licitamente puede pedir el lucro cessante, ò el daño emergente.

110

te, segun lo que queda dicho en los casos antecedentes. Y por lo mismo, toda la dificultad del presente, se reduce à si puede, ó no puede pedir lucro, por los quatro mil petos, que tenia determinado reservar en su arca ociosos. Y hemos de suponer juntamente, que por darlos en mutuo al Mercader, no experimenta cessasion de lucro, ni daño emergente, ni peligro alguno de perder el capital, sino solamente la carencia de dicha cantidad, y la obligacion de no poderla pedir, hasta cumplidos tres años, segun se colige del mismo caso, que suele ser harro frequente. Esto supuesto.

3 Muchos Doctores resuelven absolutamente, que ni la carencia, ò privacion del dinero, ni la obligacion, que voluntariamente hace el Mutuante, de no pedir el principal, hasta que passe largo tiempo, son motivo, ò titulo suficiente para pedir lucro, ó interès en el mutuo. La razon es, porque la carencia de la pecunia, y la obligacion de no pedirla, hasta que passe algun tiempo, son essenciales, intrinsecas, y inseparables del Mutuo, el qual en esto se distingue del Precario, conviene à saber, en que en el Precario puede, el que presta la cosa, pedirla siempre que guste; pero en el Mutuo no puede pedirla, hasta que passe algun tiempo, ò todo aquel tiempo, por el qual se le pide el dinero á mutuo; de suerte, que toda esta dilacion se reputa por una mutuacion continuada. Ni vale decir, que no es lo mismo mutuar una cantidad por breve tiempo, que por largo tiempo; pues el que se obliga à esperarse por largo tiempo, voluntariamente se obliga: y assi una vez que voluntariamente consienta en la dilacion de que se le buelva el principal, pedir mas del principal por esta causa, es inevitable usura. A mas de esto, si fuera licito pedir interès por sola la carencia del dinero, con obligacion de no pedirla hasta passado largo tiempo, quantas leyes, y prohibiciones se hallan sobre esta materia, fueran inutiles, y todas las contróversias, que hay entre los Doctores sobre el Tratado de Usuras, fueran de solo nombre: pues qualquiera, que mutúa à otro, pidiendo interès por el mutuo, sin que le asistan los titulos de lucro cessante, de

de daño emergente, ò de peligro de perder el principal, pudiera decir, que èl no pide el interés por razon del mutuo, sino por la dilacion de que se le buelva, hasta que passe tanto tiempo: y esto, ò es paliar las usuras à las claras, ò es decir, que si alguno es usurero, es porque no sabe tratar, ò cohonestar el titulo para el lucro. Fuera de que asì parece lo han definido N. SS. P. Innocencio XI. en la Prop. 41. de sus condenadas, que decia: *Cum numerata pecunia pretiosior sit numeranda, & nullus sit qui non maioris faciat pecuniam presentem, quam futuram, potest Creditor aliquid ultra sortem à Mutuario exigere, & eo titulo ab usura excusari.* Y N. SS. P. Alexandro VII. en la 42. de sus Prop. condenadas, que decia: *Licitum est Mutuanti aliquid supra sortem exigere, si se obliget ad non repetendam sortem usque ad certum tempus.* Esta es la comun sentencia, que siguen Giribaldo *tr. 3. cap. 3. dub. 8. §. 3. num. 76. pag. 121.* donde cita à Lessio, Molina, y Reginaldo, alegados de Bonacina *quest. 3. punc. 6.* Rosignolo *Contr. 3. disp. 4. §. 8.* Lugo *rom. 2. disp. 29. seff. 3. num. 16.* Dicastillo, Layman, y Villalobos, con otros, que citan los Salmaticenses *rom. 3. tr. 14. cap. 2. punc. 3. num. 24. pag. 423.* Y Castro Palao *rom. 7. tr. 32. disp. 4. punc. 8. in fin. pag. 303.* tiene la contraria por peligrosa en la fé, y dice, que abre la puerta à las usuras, y alega à Salas, y otros de los citados.

4 Otros Doctores, ex diametro opuestos à los referidos, son de sentir, que si el Mutuante se obliga à no pedir el principal, hasta pasado que sea un año, ò dos, ò tres, ò mas, puede licitamente pedir algun interés por esta obligacion. Asì Juan Medina, Ledesma, y Serra, y dicen ser probable Trullench, Henriquez, y Basseo, citados de los Salmaticenses en el lugar alegado *num. 25.* donde atestiguan, que Diana *part. 1. tr. 8. resol. 48. & part. 5. tr. 13. resol. 50.* favorece esta opinion. Pero, sin embargo de que esto es cierto, Diana *part. 8. tr. 7. resol. 63.* està contrario, y se queja de Trullench, y Hurtado, porque lo citan por esta sentencia. Vease su obra coordinada *rom. 6. tr. 3. desde la resol. 44. pag. 111.* Tienela tambien

por probable Sporer *de 7. precep. cap. 4. num. 71. y Ligorio lib. 3. cap. 3. dub. 7. num. 760. pag. 203.* El fundamento de estos Doctores es, porque, aunque la obligacion de no pedir el principal mutuo, hasta que passe algun tiempo, sea de intrinseca razon del mutuo, y assi nada se pueda pedir por ella, porque esto fuera buscar lucro inmediatamente nacido del mutuo, y por consiguiente fuera usura; con todo, la obligacion, que hace el Mutuante, de no pedir el principal, hasta que passe mucho tiempo, como un año, dos, ò tres años, no es de intrinseca razon del mutuo: y assi puede pedir por ella algun lucro. Confirrase: porque esta obligacion civil de no poder pedir el principal, hasta que passe tanto tiempo determinado, es precio estimable; y à mas de esto, ninguna obligacion tiene el Mutuante de obligarse assi en beneficio del Mutuario: luego puede pedir lucro por ella sin usura. Y Ledesma *in Sum. part. 2. tr. 8. cap. 35. Conclus. 4.* dice ser doctrina de los discipulos del Señor Santo Thomàs. Pero si la dá por doctrina comun, se engaña en esto. Confirmale otra vez: porque el que se obliga à ser fiador de otro en tanta suma, ò à darle dinero à mutuo dentro de tanto tiempo, licitamente puede pedir algun lucro por dicha obligacion, aunque no haya peligro de que pague la fianza, ò de que pierda el principal, que mutua: luego tambien lo puede pedir por hacer obligacion de no pedir el principal, que dà à mutuo, hasta que passe tanto tiempo; pues esto es mas dificultoso, y costoso, que ser fiador, y mas facil se hallará quien sea fiador de otro, siendo Persona segura, que quien le preste el dinero à mutuo, con obligacion de no pedirlo, hasta que passe tanto tiempo. Ni por esto se dice bien, que el Mutuo no se distinguiria del Precario; pues siempre se verificaria, que en el Mutuo se transfiere el dominio, y en el Precario no; y assi se distinguirian por esta razon, como nota Diana en la citada *re. fol. 44.* de su obra coordinada, no obstante, que nada resuelve en dicho lugar, y dexa la resolucion à los otros. Agregase à esto, que en este caso, el dicho exceso se puede reputar por donacion liberal, y voluntaria, como dice Celestino *in Compend.*

Theolog. Moral. tr. 11. cap. 5. quest. 2. citado del mismo Diana *resol. 45.* cuya donacion espontaneamente hacen los Mercaderes al Mutuante, para conservarse en honor, y credito. Ni se debe llamar involuntaria, ò coacta; al modo que, el Navegante libremente arroja al mar parte de la mercancia, para no perderla toda, ni perderse; cuya proyeccion, aunque parezca coacta, no es sino libre, y voluntaria.

5 Este modo de opinar, si verdaderamente concurren indicios para creer, ò congeturar la donacion liberal del Mutuatario, y esta no fuera excesiva, no es del todo dissona à la doctrina de nuestro Venerable, y Subtil Maestro Escoto *in 4. dist. 15. q. 2. §. 6. & propter hoc, pag. mihi 450.* donde dice: *Satis probabile est, quod quando (Contrahentes) sunt mutuo contenti, mutuo volunt sibi remittere, si secundum aliquam deficiunt ab illa justitia requisita.* Pero notese, que si la dicha donacion liberal se pactasse entre el Mutuante, y Mutuatario, aunque fuesse con expresion, que el Mutuatario la hacia libremente, y por gratitud, en tal caso intervendria usura. Pues aunque el Mutuante licitamente, y sin usura puede recibir algun dòn, ò obsequio, que el Mutuatario le haga por liberalidad, y graciosamente; con todo, si esto se pacta explicita, ò implicitamente, se comete usura expressa, ò paliada, segun fuere el pacto, ò el trato. Y en esta atencion N. SS. P. Innocencio XI. condenó la proposicion, que decia, y es la 42. de las condenadas por su Santidad: *Usura non est, dum ultra sortem aliquid exigatur, tamquam ex benevolentia, & gratitudine debitum, sed solum si exigatur tamquam ex justitia debitum.*

6 Esto supuesto: los citados Salmaticenses *num. 26.* deciden el presente dubio, y dicen, que el Mutuante no puede pedir, ni recibir interes sin usura, por sola la razon, motivo, ò titulo de obligarse à no pedir el principal, hasta que passe largo tiempo. Pero, porque moralmente hablando, el que assi se obliga à esperarse tanto tiempo, para que se le buelva el principal, se expone no solo à peligro de perder la suerte, ò de lucro cessante, ò de daño emergente, sino tambien à otras incomodi-

114

dades, por ser moralmente imposible, q̄ en tanto tiempo no le ocurran necesidades, y ocasiones de expender, y emplear el dinero, puede por dichos títulos pedir, y recibir interés sin usuras; pues esta especial incomodidad es precio estimable. Al modo que, el que hace obligacion de dár mutuo â otro, puede por esta obligacion, que es precio estimable, pedir tambien interés. Ni vale la paridad del que dâ mutuo por breve tiempo, pues en este caso no concurren verosimilmente los sobredichos motivos: y citan por sí â Bañez 2. 2. *quest.* 78. *art.* 1. *dub.* 1. *ad* 3. Caramuel *lib.* 2. *Theol. Moral. disp.* 14. â *num.* 762. Prado *tom.* 2. *cap.* 28. *quest.* 1. *num.* 37. y Aragon: los quales son de sentir, que por esta incomodidad precio estimable, se entiende qualquier acto de liberalidad, ô magnificencia decente al Mutuante, ô qualquiera otra operacion necessaria, ô conveniente, de que el Mutuante se priva en gracia del Mutuatario, la qual, si no es fingida, ô imaginaria, es precio estimable, y se puede pactar el recibir algo por ella. Esta misma doctrina sigue Ligorio arriba citado *num.* 760. y haciendose cargo de la proposicion condenada por N. SS. P. Alexandro VII. que queda referida, responde, que las proposiciones condenadas se deben entender como luevan, y en el sentido rigoroso, en que sus Autores las enseñaron: y que algunas de ellas, qual es la presente, se condenaron, porque hablaban con demasiada generalidad; y que assi no deben estenderse â los casos particulares, que llevan consigo alguna momentosa, ô considerable circunstancia. Lo qual, añade, deben tener presente los que â ojos cerrados reprueban, y condenan qualquiera opinion, que tiene alguna semejanza con la proposicion condenada, sin estâr contenida en ella, ô expresa, ô virtualmente.

7. Esto no obstante, tengo la primera opinion por mas conforme â la proposicion condenada. Pero en el presente caso, concurre otra razon para que el Confessor no condene â Prudencio de usurero, pues expressò, que su animo era celebrar el contrato del mejor modo, que pueda. Con cuya expresion, siendo, como suponemos, Mercader, bastantemente amonest-

nestado quedò Estanislao de los títulos, y motivos, que mutuandole la referida cantidad, le asistían para pedir interés por ella: y así licitamente, y sin usura puede percibir el dicho interés, lo qual es muy comun entre los Doctores, como se puede ver en Diana coordinado *tom.6. resol. 50. & amplius.* En los citados Salmaticenses *punct. 5. à num. 37.* y en el citado Ligorio *num. 773.* Y aun dice el citado Diana, que si el Mutuante al principio celebrò el trato en fé de que era licito, siendo usurario, y le asistía justo título para celebrarlo licitamente, como lo huviera hecho, si lo huviera advertido, puede despues en buena conciencia retener el interés; porque este implicitamente consintió en el justo título, que le asistía para tratar licitamente: y cita por sí à *Sá V. Usura n.8.* y à *Tannero in 2. 2. disp. 4. quest. 7. dub. 3. num. 99.* Así tambien Lugo *disp. 25. ses. 9.* y *Tambutino lib. 8. cap. 8. §. 3.* y otros, que llamando su nombre, cita *Lessio de Just. lib. 2. cap. 20 dub. 17.* y los sigue *Verricelli en las Questiones Morales, y Legales tract. 1. quest. 2. num. 2.*

8 Pero en quanto à esto ultimo, otros Doctores tienen por mas probable, que no es licito percibir, ni retener el lucro havido por contrato usurario, hecho en buena fé de que no lo era; aunque el Mutuante tuviere suficiente título para haverlo efectuado sin usura, en caso que huviera conocido el tal título, ó motivo. Y es la razon, porque todo contrato usurario es de su naturaleza irritó, y nulo: luego no puede dár derecho para percibir, ni retener lucro alguno. Fuera de que el Mutuante en este caso, no tuvo intencion virtual, ni implicita del trato justo, pues solo pensó en el trato usurario; y solo se puede decir, que tuvo intencion, y voluntad interpretativa de trato justo, la qual no basta para dár valor al contrato. Ni tampoco basta para ello la buena fé del Mutuante; pues aunque esta es suficiente para escusarle de pecado, y de la obligacion de restituir, mientras permanece en ella, no hace el contrato valido, siendo, como supnemos, usurario. Así *Lessio, Trullench, Bonacina, Maldero, y Rosignolo,* con los citados *Salmaticen-*

ses *punct.* 5. *num.* 39. Ligorio *num.* 773. y Giribaldo *deb.* 15. *num.* 154. Pero todos, ô los mas, añaden, que si los Contratantes son inloctos, y rudos, y que su intencion fue contratar del mejor modo, que se pueda en Derecho, ô del modo, que segun oyen, lo hacen los Varones doctos, y timoratos, no deben tenerse sus tratos por usurarios, aunque pidan, y reporten interès por el mutuo, sin saber porque titulo pueden reportarlo, y retenerlo; pues en tal caso, sus tratos no se deben estimar por mutuo, sino por trato de compañía, con asseguracion del principal, ô de lucro menor cierto, por mayor lucro incierto, ô de censo, &c. Y esto tiene lugar, aunque ellos en el trato procediessen con expresion de *Mutuo*; pues no se debe atender tanto à las palabras, como à su intencion, como con otros nota el citado Giribaldo à *num.* 156. De todo lo qual puede inferir el Confessor, que Prudencio no procedió mal en el caso puesto, y que tales circunstancias pueden concurrir, para que las ganancias sean mas quantiosas, que tampoco huviera procedido mal pidiendo à Estanislao algo mas de cinco por ciento; segun fuere la potencia artificial, industrial, ò proxima del dinero, de que Prudencio se priva, para que Estanislao comercie: si Prudencio probablemente havia de comerciar, ô probablemente concurre otro titulo justo, para el expressado convenio.

CASO 7.

Se trata de la obligacion de mutuar gratis.

1 D. **P**ongamos el caso de otro modo, y supongamos, que Estanislao, hombre acomodado, tiene reservados en su arca seis, ò nueve mil pesos, ò mas, ò menos, (superfluo à la decencia de su estado. Hallase Eliseo, hombre honrado, en grave necesidad por quinientos pesos, que debe, y le quiere la Justicia embargar la casa, y otros bienes cortos, que al todo, si se venden sin tropelia, pueden valer como mil pesos, con que apenas se mantiene, y atiende à su familia, no sin grandes apuraciones. En este conflicto recurre Eliseo à Es-

ta.

tanislao, y le pide los quinientos pesos mutuados, para salir de su ahogo, y en efecto se los presta; pero no se contenta con el cinco por ciento, sino que pide algo mas. Pregunta: procede bien Estanislao?

M. El caso puesto suele acontecer con frecuencia, y no pocas veces vemos, que los Jueces compelen á los pobres á que vendan lo poco que tienen, teniendo de ello grave necesidad para mantenerse, por mucho menos de lo que vale, para que paguen las deudas, no siguiendose daño, ni agrasso á los Acreedores, aunque se esperassen algun tiempo. A qualquiera pobre, que se ve en dicha constitucion, y infelicidad, le dicen los Confessores, que en tales circunstancias, licitamente puede diferir la paga, ó restitution. Pero los Jueces lo obligan á que pague, le hacen vender lo que tiene, por mucho menos de lo que vale, y tal vez lo ponen en la Carcel, aumentandole la afliccion. Así lo vemos no pocas veces practicado en el fuero externo; tal vez, porque los Jueces deben, segun dicen, mirar por el bien comun, y justicia extrinseca; pero en el fuero interno no se procede así; sin duda, porque los Confessores atendemos á la justicia interna, y al orden de la charidad. Y siendo constante Dogma, que la charidad obliga á todos, segun aquella Sentencia de San Matheo 22. *Diliges proximum tuum sicut te ipsam*: y aquella otra de San Juan Epist. 1. cap. 4 *Hoc mandatum habemus à Deo, ut quã diligit Deum diligit & fratrem suum*; aunque frecuentemente lo vemos, dicen muchos Doctores Catholicos, que no entienden lo que ven. Consulte, el que desee sobre esto mas noticias, á nuestro Sabino Bononiense *tr. 35. num. 96. pag. 373.* donde cita, y alega á Sporer *tom. 2 tr. 4. cap. 4. num. 69.* la Summa Silvestrina *V. Restitutio 5. §. 4.* la Summa del Cardenal Tolledo *lib. 5. cap. 24. num. 4.* Navarro in *Manual. cap. 17. num. 87.* Lessio *lib. 2. de Justitia cap. 16. dub. 1.* Bonacina de *Restitutione in genere disp. 1. quest. ult. pun. 1. num. 11.* Layman *lib. 3. de Justitia tr. 2. cap. 12.* Castro Palao *tr. 32. disp. 1. pun. 17. §. 2.* Escoto in *4. Sent. dist. 15. quest. 2. §. de quinto scilicet*, y el Señor Santo Thomás *2. 2. quest. 62. art. 8.*

2. Respondiendo ahora mas directamente al caso puesto, digo,

digo, que el que tiene dinero superfluo à la decencia de su estado, y sin peligro moral de perderlo, ò de que se le siga grave daño à él, ò à los suyos, puede prestarlo al que està en grave necesidad, debe por charidad hacerlo así, sin llevar por el mutuo interés alguno. Esta doctrina parecerà áspera à algunos, y tal vez à muchos; pero es muy conforme al Señor San Basilio in Psalm. 14. sobre aquellas palabras: *Qui pecuniam suam non dedit ad usuram; donde dice: Inhumanitas est maxima si is, qui egestate premitur, mutuum ad vitæ subsidium querat, dans vero minime forte contentus, ex miseri calamitate proventus, & opes sibi excogitet.* Es muy conforme al Señor San Gregorio Niseno in Orat. contra usurarios, donde dice: *Illum qui mutuum petit ne averseis; ob inopiam tibi fit supplex, foribusque tuis assidet, cum agens sit confugit ad tuas copias, ut ab eo egestatem depellas. At tu contrarium facis; opitulator vertitur in hostem; non enim opem fers, ut ex illa qua premitur inopia, evadat, sed seris afflicto mala, nudum exuens, vulneratum denuo vulnerans, curas curis accumulans, dolores doloribus addens.* Es muy conforme al Señor San Ambrosio lib. de Tobia cap. 2. donde dice: *Quod Tobias commodavit pecuniam, & non feneravit, justus servavit officium :: nam David ait: Justus miseretur, & commodat.* Y en el lib. 3. de officijs cap. 3. despues que enseñã, que estamos obligados por ley natural de humanidad à socorrer graciosamente al necesitado, dice: *Christus exinanivit se, tu expolias, quem Christus induit? Hoc enim agis quando alterius detrimento tua commoda augeri expetis.* Es muy conforme al Señor San Geronymo in Ezech. cap. 22. sobre aquellas palabras: *Usuram, & superabundantiam accepisti, & avaræ proximos tuos calumniata es, meique oblita es,* donde dice: *Malitiam hujus criminis non reperit ex eo, quod ex mutuo lucrentur sed quod ex PAUPERE lucrum querant, cui per se teneretur opitulari.* Es muy conforme al Señor San Juan Chrysostomo Conc. 2. de Lazaro, donde dice. *Hic nihil à divite accepit injuriæ, neque enim illius pecunias usurpaverat dives, sed suas non impertierat :: Accepisti plura ceteris, non ut ea solus consumas, sed ut eorum ceteris bonus fias dispensator.* Y en el Serm. 66. circa in Pentecostes Acta: *Quid crudelius sic.*

fieri potest, quam cum ex proximi egestate quispiam questum facit, & in fratrum calamitatibus lucra sectatur; cum qui porrigere manum debuerat, eum in baratrum propellit, qui subsidio indigebat. Quid facis, ò homo? Non idcirco ad tuas fores appulit pauper, ut ipsius augeas paupertatem, sed ut ipsum liberes à paupertate: perinde agis ac qui venena miscunt cibis. Es muy conforme al Santo, y Sabio Arzobispo de Valencia el Señor Santo Thomàs de Villanueva Serm. 2. de Sancto Martino, donde hablando del Rico Epulon, dice: *Damnatus est, non quia rapuerat aliena, sed quia propria non donauerat.* Y mas abajo: *Qui abundaverit, indigentium penuriam suppleat: si non supplet, raptor & homicida est: quia quem non parvisi occidisti: quæ non dedisti rapuisti.* Es muy conforme al Señor San Anton: no de Florencia part. 2. tit. 1. §. 2. donde dice: *Dicitur enim Luc. 6. Mutuum date nihil inde sperantes. Quæ auctoritas inducitur in Decretali consuluit. ex. de usur. ubi prohibentur usura. Et hæc auctoritas habet duas particulas. Prima est: Mutuum date, quod quantum ad eos, qui commodè possunt mutuare, sine notabili detrimento sui status, erga eos, qui sunt in magnis necessitatibus constituti, & quasi extremis, videtur esse præceptum. Quia si hoc dicimus de elemosyna, à fortiori in mutuo. Argum. dist. 86. in singulis. Alijs autem videtur esse in consilio. Secunda particula auctoritatis est: Nihil inde sperantes: & hoc est in præcepto, ita tamen, quod intelligatur de primaria, spe, ut dictum est supra & nihil referatur ad id, quod pretio potest estimari: nam bene potest, & debet sperari præmium æternum exinde: si fiat mutuum ex charitate, vel etiam benevolentia, & amicitia personæ, in quantum tamen amicitia, non in quantum causativa utilitatis temporalis.*

3 Ya me hago cargo, que los referidos Santos Padres, excepto el Sr. S. Antonino, predicaban, y no resolvían questiones morales *exprofesso*. Mas con todo así lo colijo tambien del c. 25. del Levitico donde se dice: *Si attenuatus fuerit frater tuus, & infirmus manu, & susceperis eum quasi advenam, & peregrinum, & vixerit tecum, ne accipias usuras ab eo, nec amplius, quam dedisti.* Y por conclusion, me parece todo muy conforme á la Carta de N. S. S. P. Benedicto XIV. *Vix pervenit*, citada yá en el

el Cal. 1. donde dice: *Neminem enim id saltem latere potest, quod multis in casibus tenetur homo, simplici, ac nudo mutuo, alteri succurrere, ipsi presertim Christo Domino edocente = Volenti mutuo à te ne averteris = & quod similiter multis in circumstantijs, prater unum mutuum, alteri nullo vero, justoque contractui locus esse possit.*

4 De todo lo dicho colijo, que supuesta la grave necesidad de Eliseo, no solo no es licito à Estanislao pedir interés alguno por los quinientos pesos, que le mutua, sino que teniendo facultades superfluas à la decencia de su persona, y estado, como supone el caso, no interviniendo probable peligro moral de perder la cantidad, que le presta, ò de que por prestarla se vea él, ò los suyos, en la misma necesidad; debe por charidad prestarle, ò mutuarle à Eliseo graciosamente los dichos quinientos pesos; y mucho mas obligado estará à ello si la necesidad de Eliseo no solo fuere grave, sino tal, que probablemente parara en gravissima, ò quasi extrema. Si ya no es, que otros Sugeros igualmente, ò mas obligados à socorrer à Eliseo en dicho caso, ò por razon de amistad, ò de servicio, ò de parentesco, tuviesen comodidad de poder socorrerlo. Pues en tal caso, parece duro obligar à Estanislao al dicho mutuo, solo porque Eliseo recurre à él en grave necesidad, y Estanislao tiene facilidad de poder sublevarla. No obstante, que si estos por su codicia, tirania, y poca christiandad, cerrassen à Eliseo las puertas de la misericordia, no me atreveria yo à desobligar à Estanislao del todo en el caso referido, en el qual, es preciso atender à las circunstancias varias, y diversas, que pueden ocurrir. No quiero omitir aquí aquellas palabras del Deuteronomio cap. 15. *Si unus de fratribus tuis, qui morantur intra portas Civitatis tue in terra, quam Dominus Deus daturus est tibi, ad paupertatem venerit; non obdurabis cor tuum, nec contrahes manum, sed aperias eam pauperi, & dabis mutuum, quo eum indigere perpexeris.*

5 Mas difícil de resolver fuera el caso, aunque parece mas facil, si la necesidad de Eliseo, atendidas las circunstancias, no solo fuera grave, sino extrema, ò gravissima. En este caso dicen

dicen algunos, que Estanislao cumple con la ley de la charidad mutuandole la cantidad, que Eliseo necessita, con pacto de que se la ha de restituir, si mejora de fortuna. Así Navarro *in Man. cap. 17. num. 61. & cap. 24. num. 5.* Toledo *lib. 5. cap. 24. num. 7.* Covarruvias *in Reg. Peccatum 2. p. §. 1. num. 4.* y lo tiene por probable Diana *part. 5. tr. 8. resol. 5.*

6 Otros dicen, que el que socorre al que está en extrema, ó gravísima necesidad, no cumple, si lo hace por via de mutuo, obligandolo á restituir, quando pueda; sino que debe hacerlo por via de donacion absoluta. Y la razon, entre otras, es, porque en tal caso, el derecho natural obliga á socorrerlo. Así Bonacina *disp. 3. quest. 4. pun. 6. num. 15.* Reginaldo *lib. 4. cap. 20. num. 260.* Suarez *disp. 7. sect. 5. num. 2.* Antonio del Espiritu Santo *sess. 11. num. 68.* Palao *pun. 4. num. 5.* y Leandro con otros *disp. 2. quest. 22.* citados de Giribaldo *tr. 4. in 1. præcep. Decal. cap. 5. dub. 2. num. 16. pag. 103.*

7 Esta doctrina, dice el mismo Giribaldo, que es verdadera, hablando del pobre *in re, & in spe*, esto es, del que es pobre, y padece tal necesidad en la actualidad, y en la esperanza. Porque si tuviere bienes en otra parte, ó esperanza proxima de tenerlos, ó fuerzas, ó arte para ganarlos, en tal caso, no hay obligacion de socorrerlo con donacion absoluta; y cumplirá el que lo socorre mutuandole con condicion de que restituya, quando tenga comodidad: y alega por sí á los citados Bonacina, Suarez, y Castro Palao, con Coninch *disp. 27. dub. 9. num. 149.* Villalobos *tr. 2. dif. 2. num. 1.* y Diana *part. 5. tr. 8. resol. 5.* los quales advierten al proposito, que en tal caso, no se puede deducir licitamente en pacto el lucro cessante para recibir interés alguno por la cantidad mutuada, como con Vazquez nota tambien Leandro *quest. 25.* y La Croix *tom. 3. lib. 3. part. 2. num. 849.* y otros muy comunmente expressan esto mismo en todo caso, en que por precepto de la charidad hay obligacion de dar mutuo: de lo qual se infiere, que ni tampoco es licito pedir interés al Mutuante quando el Mutuatario está en grave necesidad, como dixè arriba.

122

8 Tengo à bien advertir aquí, que al que està en èxtrema necesidad, debe socorrerlo el que pudiere, sin grave detrimento, aun de las facultades necessarias à su estado. Para lo qual, no es menester, que la dicha necesidad extrema sea cierta, ò evidente, sino que basta el peligro probable de que el proximo incurra en ella, si no es socorrido en tiempo. Es expressa doctrina del Angelico Doctor el Señor Santo Thomàs in 4. dist. 15. quest. 2 art. 1. q. 4 ad 4. donde dice: *Tempus, ad quod obligat præceptum de elemosynis faciendis, accipitur ex parte accipientis quando apparent signa probabilia extrema necessitatis futura, nisi ei subveniatur, ut cum aliquis videt alios impotentes, vel pigros ad subveniendum, & pauperem indigentem cibo, & potu, & alijs vitæ necessarijs, nec sibi satisfacere posse.*

9 Advierto por conclusion, que las precedentes doctrinas proceden en caso, que Eliseo experimenta la necesidad, segun queda referido, sin grave culpa suya. Porque si el vérfese tan atrassado naciesse de ser ebrio, jugador, amancebado, demasiadamente prodigo, ò de otro vicio, y no quisiesse emmendarse, entonces atribuya à su culpable vida la miseria, que padece. Què mayor necesidad, ò infelicidad, que la de aquellos, que los llevan al suplicio? Mas con todo, nadie los reputa en la classe de los que padecen necesidad grave gravíssima, ò extrema, en quanto à la materia presente, ò al assumpto, de que tratamos. Tengan esto presente aquellos hombres desperdiciados, ò perdidos, que gastan lo mas del dia, y gran parte de la noche en Saraos, Comedias, juegos, banquetes, vanidades, y tal vez en amistades profanas, y torpes, desmoronando sus casas con muchas goteras ocultas, y despues, à título de pobres nobles, y honrados, como ellos dicen, quieren que, no solo por charidad, sino por justicia, hayan de cargar otros con sus obligaciones, y cuidados: y aun esto quieren que se haga de modo, que no los tengan por pobres. En algunas ocasiones se puede dudar, si este arte de pedir es hurto, y ello es cierto, que ni con grave necesidad es permitido el hurtar, como consta de la Prop. 36. condenada por N. SS. P. Innocencio XI. *Permissum*

123

sum est furari, non solum in extrema necessitate, sed etiam in gravi.
Y los que tienen facultades superfluas à su persona, y estado, y con todo, por su tirano interès, y cruel codicia, meten de tal modo las uñas en las bolsas de los pobres, que en vez de socorrerlos con un gracioso mutuo, para que remedien su miseria, los dexan en la calle, y desnudos, teniendo para sí, que nada de quanto tienen se puede reputar por superfluo, tengan presente la Prop. 12. condenada por N. SS. P. Innocencio XI. que dice: *Vix in Sæcularibus invenies, etiam in Regibus, superflua statui; Et ita vix aliquis tenetur ad elemosynam, quando tenetur tantum ex superfluo statui.*

VIGILIA 2.

Se proponen otros casos en materia de Contratos, para que el Confesor no proceda precipitado.

CASO 1.

Se supone, que la reportacion de interès por el mutuo sin titulo verdadero, es indubitable usura: y que es licito reportar algun lucro por gratitud del Mutuario.

1 D. **P**ROculo, persona segura, le pide à Sayro en mutuo mil pesos. Sayro tiene dinero, sin intencion de emplearlo en comercio alguno; y sin seguirsele daño, ni cessarle lucro, se los mutua, con pacto de que cada quatro meses le ha de dár de interès 20. ò 25. pesos, hasta que le buelva el principal. Pregunto: hay usura en este trato?

M. Respondo, que hay usura clara; pues Sayro reporta dicho interès inmediatamente por el mutuo, y assi lo pacta; y como el mutuo de su naturaleza es contrato gracioso, y por otra parte à Sayro no se le sigue daño, ni cessacion de lucro, ni interviene trato de compañía, ni otro, por cuyo titulo pueda pedir interès, sin duda comete usura.

2 D. Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que Sayro no tiene intencion de tratar con dicho dinero: pero pa-

124

ra cobonestar el lucro, le dice à Proculo, que quería emplear dicha cantidad, y con esta expresion se convienen en que le dará el interés referido. Hay usura en este caso?

M. Respondo, que en el fuero interno es trato usurario, y ilícito, pues el título, para que el Mutuante pueda pedir interés por el mutuo, debe ser verdadero: y el lucro, que à Sayro le cessa en este caso, no es verdadero, sino fingido; pues suponemos, que no tiene intencion de emplear dicho dinero. Luego aunque en dicho caso no haya usura externa, y expresa, porque Sayro no pide el interés por el mutuo como mutuo, hay usura interna, ó virtual, y paliada; pues pide el interés con capa, y apariencia de lucro cessante, no habiendo en realidad tal título, ni motivo.

3 *D.* Pongamos el caso de otra manera, y supongamos, que Sayro graciosamente le mutua à Proculo los mil pesos sin interés alguno; pero Proculo despues espontaneamente le regala cinco cargas de trigo, y le dice, que á la cosecha le quiere regalar otras cinco, y Sayro recibe las cinco presentes, y acepta las que le promete. Hay usura en este caso?

M. Si Proculo es Sujeto liberal, agradecido, tiene facultades para hacerlo, sin muestras de tristeza, ni de molestia, ni de que lo hace por temor de que le pida el principal brevemente, ó de que otra vez Sayro no le mutue, ó si son amigos, y mucho mas, si son Parientes, puede recibir las cargas presentes, y aceptar las prometidas, sin usura. La razon es, porque en tal caso, presume el Fuero externo, que es dativa liberal, ó accion de benevolencia, amistad, grati ud, y amigable correspondencia. Pero si Proculo fuere hombre ratero, miserable, avaro, codicioso, de pocas facultades, y se conoce que lo hace de mala gana, y como impelido de su temor, en tal caso, no puede Sayro licitamente recibir, ni aceptar el trigo: pues entonces se presume, que la dativa es involuntaria, y no graciosa; y así se debe presumir, que la hace inmediatamente por el mutuo, y no por otro título. En cuyo caso, aunque no interviene usura, porque no media pacto explícito, ni impli-

plicito, como suponemos, fuera recepcion ilícita de las presentes cargas, y ilícita aceptación de las prometidas.

4 D. Supongamos, que Proculo ciertamente es hombre liberal, y agradecido, y que tiene facultades para la expresa da gratitud, sin molestia, ni afan alguno; pero muere antes de la cosecha, y sus herederos no quieren entregarle à Sayro las cinco cargas prometidas. Podrá Sayro licitamente pedir las?

M. Puede pedir las licitamente, y deben los herederos darlas; no por obligacion nacida del mutuo, ni por obligacion civil de gratitud, ò benevolencia, originada del mismo mutuo, sino por razon de promessa hecha por Proculo, y aceptada por Sayro.

5 D. Supongamos, que así Sayro, como los herederos de Proculo, dudan si la dicha dadiva, y promessa fue liberal, y graciosa, ò fue involuntaria, y como forzada. Qué se debe decir en este caso?

M. En tal caso, se debe recurrir à las conjeturas, que son el mejor medio para hacer juicio en materias dudosas, como dice Sanchez de *Matrim. lib. 7. disp. 37. num. 12.* y se ha de juzgar à favor de la parte, que en el fuero externo tiene mejores fundamentos para una presumpcion fundada, razonable, y prudente: pues el juicio interno, y externo solo se distinguen en que el interno se funda en la verdad claramente conocida, y el externo en la presumpcion, como dice Soto de *Just. lib. 7. quest. 3. art. 2. concl. 3.*

6 D. Supongamos, que practicadas todas las diligencias debidas, queda existente la duda, sobre si la dadiva, y promessa de Proculo, fueron graciosas, ò involuntarias. Qué se deberá hacer en este caso?

M. Los Casuistas de N. SS. P. Benedicto XIV. *part. 2. año 53. en el mes de Agosto Caso 1.* resuelven, que permaneciendo igual duda en este caso, ni Sayro está obligado à restituir las cinco cargas, que ya recibió, ni los herederos de Proculo están obligados à entregar las cinco, que Proculo le prometió al tiempo de la cosecha: y es la razon, porque en causa igual

igual, mejor es la condicion del que posee; y como Sayro está en posesion de las cinco recibidas, y los herederos en posesion de las prometidas, ni estos tienen obligacion de entregar las cinco, que Proculo prometió, ni Sayro las cinco, que recibió, y citan por sí à *Rebello part. 2. de oblig. lib. 8. de Usur. quæst. 16. sess. 5. num. 26.* Pero tengo por oportuno advertir, que si Sayro entrando en quantas consigo, duda tambien, si él recibió, y aceptó el dicho trigo, con animo usurario, esto es, como debido por el mutuo, y no por sola gratitud de Proculo, en este caso, no solo no puede pedir las cinco prometidas, sino que debe restituir las recibidas. La razon es, porque el que con fé dudosa comienza à poseer la cosa agena, no adquiere dominio, y debe restituirla. Vease à *Giribaldo tom. 3. tr. 3. cap. 3. dub. 7. num. 56. in fin.*

7 **D.** Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que Proculo dió, y prometió à Sayro el expressado trigo, como debido por el mutuo; pero Sayro lo recibió, y aceptó solo por titulo de gratitud. Y al contrario: que Proculo lo dió, y lo prometió solo por gratitud, y liberalidad; pero Sayro lo recibió, y aceptó, como debido por el mutuo. Què se deberá hacer en este caso?

M. Respondo, que si Proculo dió, y prometió dicho trigo, con animo usurario, ô como debido por el mutuo, una vez que Sayro assi lo conosco, debe restituírle el recibido, y no puede recibir el prometido, aunque lo recibiera, y aceptára con buena fé de que era *dadiva liberal*, y promessa graciosa. La razon es, porque Proculo, en tal caso no abdicó de sí el dominio del trigo, pues le faltó animo, y voluntad de dár graciosamente; y la *dadiva involuntaria* no es suficiente para transferir dominio: luego no puede recibir el prometido, y debe restituir el recibido; no por razon de *accepçion injusta*, q̄ no fuè tal por su buena fé, sino por razon de la cosa recibida, que clama por su dueño. Si ya no es, que huvieran pasado tres años; pues la posesion triennial con buena fé, legitimamente prescribe. O si ya no es, que Sayro, con buena fé huviera

viera gastado el trigo, que entonces solo debe restituir *id in quo factus est ditior*, como dice Rosignolo, citado, y seguido de Giribaldo en el lugar alegado *num. 55*.

8 Respondo à lo segundo, y digo, que si Proculo le diò, y prometió el trigo à Sayro liberalmente, y por gratitud, y Sayro lo recibió, y acceptò con animo usurario, ò como debido por el mútuo, y despues claramente sabe, ò conoce, que la dativa fue liberal, y la promessa fue graciosa, no està obligado à restituir el recibido, y puede lícitamente recibir el prometido. Y es la razon, porque en este caso, hay de parte del dante, ò de Proculo, aquella voluntad, que basta para transferir el dominio; y de parte del que recibe, ò accepta, hay acceptacion formal, assi que Sayro conoce ciertamente, que la voluntad de Proculo es totalmente liberal, y graciosa, ò sin animo usurario: luego en este caso, ni hay cosa recibida sin justo titulo, ni interviene acceptacion injusta, y assi puede recibir el trigo prometido, y retener el que recibió. Vease al citado Giribaldo *num. 56*. donde cita à Lésio *lib. 2. cap. 20. num. 42*, y à los Cardenales Lugo, y Cayetano *tom. 2. Opusc. 8. quest. 3.*

CASO 2.

Se resuelve, que el que mutúa con intencion de percibir lucro prove-nido de la liberalidad del Mutuatario, no es Usurero.

1 D. **C**ANISIO le mutúa à Canuto mil pesos por un año, teniendo por motivo impulsivo, de que por ser liberal, y franco, le dará al cabo del año cinquenta ò mas pesos de interés, y en efecto Canuto lo hace assi. Se pregunta lo primero, si mutuando Canisio con tal intencion, peca? Lo segundo, si puede retener en buena conciencia el interés recibido?

M. Respondo à lo primero, que no habiendo precedido pacto explicito, ni implicito, de que Canuto diese à Canisio el dicho interés, al cabo del año, no pecò, ni por esperar-lo, ni por recibirlo. La razen es, porque la dicha intencion, y esperanza de Canisio, sin pacto alguno, no impone obligacion,
ni

128

ni gravamen à Canuto, el qual solo por su queter, y por su espontanea voluntad, le dá à Canisio los cinquenta, ô mas pesos, ô por mera gracia, y liberalidad, como nota Viva en la Prop. 42. condenada por Innocencio XI. Afsi mismo, aunque Canisio espere los dichos cinquenta, ô mas pesos de Canuto, los espera de gracia, y como dòn liberal, por lo qual, no es reo de usura; aunque haga el mutuo con dicha esperanza, y intencion, pues esto por ninguna ley se le prohíbe. Fuera de que en este caso, no espera Canisio el dicho interés, ni lo recibe, como precio civilmente debido inmediatamente por el mutuo, sino que lo espera, y recibe, como ocasionalmente, y inmediatamente provenido de la liberalidad de Canuto, como con otros reflexiona Giribaldo en el *tr. 3. cap. 3. dub. 7. num. 52.* y es tambien Doctrina de los Casuistas de N. SS. P. Benedicto XIV. *part. 2. año 53. mes de Agosto Caso 2. y 3. pag. 33.* donde citan à Duarte V. *Usura num. 545.*

2 Ni vale decir, con Ligorio *cap. 3. dub. 7. num. 762.* donde cita à Concina *tom. 7. pag. 462. num. 10.* que contra lo dicho está claro el *cap. Consuluit de Usuris, que es el 10. puesto en el lib. 5. de las Decretales tit. 19.* donde el Papa Urbano III. dice así: *Consuluit nos tua devotio, an ille in iudicio animarum quasi usurarius debeat judicari, qui non alias mutuo traditurus, eo proposito mutuum pecuniam credidit, ut licet omni conventioni cessante, plus tamen sorte recipiat?* A lo qual responde el Papa, fundado en aquel texto de San Lucas, *cap. 6. Date mutuum nihil inde sperantes:* que la tal intencion es mala, y que los que con ella han recibido el lucro, sean inducidos à restituir. Pues á esto se respõde con lo mismo, que queda dicho, que lo que el Papa reprobaba en este caso, es la intencion, y esperanza del lucro, como provenido inmediatamente del mutuo, no quando solo proviene del mutuo mediatamente. O que condena el lucro provenido, como debido civilmente, por gratitud, y benevolencia; pero no quando se intenta, y espera ocasionalmente de la liberalidad, ò benevolencia del Mutuatario, sin pacto alguno explicito, ò implicito. Veanse el citado Giribaldo donde
cita

cita á Maldero *cap. 3. dub. 5.* y los Casuistas en los lugares alegados; y lo que queda dicho en la Vigilia precedente *Caso 6. num. 5.* Concuerta con esta Respuesta la Glosa sobre el expresado Capitulo, donde exponiendo las palabras, *nilil inde sperantes*, dice así: *Sperantes causa mutui in spe lucri principaliter posita: secundario tamen aliquid sperare non puto malum, ut & ipsi seruiat illi. arg. 61. dist. C. quid proderit. & 59. d. C. si officia: nec etiam recipere ex tali spe. arg. 1. q. 2. c. quam. &c.*

3 Con esto se responde á lo 2. que el Mutuante no está obligado á restituir el lucro, que el Mutuatario le dà por razon de gratitud, y liberalidad, y él lo recibe por el mismo titulo, aunque lo esperasse así. Pues para que haya obligacion de restituir por usura mental, se requiere, que el Mutuante, qual es Canisio en nuestro caso, reciba el lucro con animo usurario, y que el Mutuatario, como lo es Canuto, lo dè con el mismo animo: esto es, como debido inmediatamente por el mutuo. Así el citado Giribaldo *num. 54. pag. 119.* ô que á lo menos el Mutuatario lo dé con dicho animo, y el Mutuante lo conosca así, como queda dicho en el caso antecedente.

CASO 3.

Se resuelve, que el Amo no puede cargar al Criado los generos, que le dà à quenta de su salario, sino al precio justo, que tienen quando se los vende: y que se requiere para cargarle algo mas.

1 D. **G**eminiano, sirviente de Petronio, le dice á este por el mes de Enero, en que el Maiz vale à doze reales la carga, que le venda doze cargas para mantener su Familia, à quenta de su salario. Condesciende Petronio, y ajustando cuentas con él por el Julio, en que el Maiz vale à tres pesos por carga, se lo hace pagar à este precio. Se pregunta, si procede bien Petronio?

M. Este caso suele suceder frequentemente entre Amos, y Criados, en varios, y distintos tratos, y contratos; y por lo mismo, no pocas vezes suelen los Amos proceder con sus Criados pobres, y necesitados, con injusticia, y tirania, como

130

en el caso presente, en que no puede lícitamente Petronio cargar á Geminiano el Maiz á tres pesos, que es el precio, q̄ se supone tener por el Julio, en que ajusta cuentas con él; sino que lo debe cobrar á doze reales la carga, que era el precio, que tenia quando Geminiano lo mercò. Y es la razon, porque el Maiz subió de precio, estando fuera del dominio de Petronio, y perteneciendo yá à Geminiano: y el precio de las cosas se disminuye, ò aumenta para su dueño presente, no para el pasado. Y por esta misma razon, si el Maiz valiera por el Julio un peso por carga, lícitamente podia Petronio cargarlo à doze reales à Geminiano, por ser este el precio justo, que tenia al tiempo de la venta; lo qual es doctrina comun de los Doctores.

2 D. Supongamo-, que Petronio no tenia necesidad de vender el Maiz por el Enero, y ciertamente lo huviera reservado para venderlo por el Julio, ó Agosto, en que regularmente tiene mas precio. Podrà por esta razon cargarlo à Geminiano al precio, que tiene el Maiz por el Julio?

M. Si no intervino pacto entre los dos, de que Geminiano lo havia de pagar al precio, q̄ tuviere por el Julio, digo que no puedé. Y es la razon, porque fuera de q̄ Geminiano pudiera en tal caso haverlo buscado por otra parte con mas comodidad, no hay titulo para reportar interés, supuesto que no hubo convenio. Si intervino pacto entre ambos de que Geminiano lo pagasse al precio, que tuviere por el Julio, entonces, ò Petronio verdaderamente havia de reservar el Maiz, para venderlo por el Julio, ò transportarlo à otra parte, donde tuviere mas precio, ò no lo havia de reservar, ò transportar? Si no lo havia de reservar, ò transportar, digo, que no puede lícitamente venderlo à Geminiano mas caro; pues ni experimenta dño, ni le cessa lucro, por la venta. Si verdaderamente havia de reservarlo, ò transportarlo; entonces, bien puede lícitamente venderfelo por el Enero, al precio, que tendrá por el Julio, rebaxados los gastos necessarios, que havia de tener en su custodia, y transportacion, y algo mas, à juicio de varon prudente, por el peligro de que el Maiz se le perdiera, ò se hiciera

ciera de p^{ro}or condicioⁿ. Consta del *cap. Naviganti* alegado en la Vigilia 1. Caso 2. *num.* 3. Giribaldo *tr.* 3. *cap.* 2. *dub.* 5. *num.* 39. Y es bastante comun. Y aunque en el *cap. In Civitate de Usur.* que es el 6. puesto en el *lib.* 5. *Decret. tit.* 19. se dice, que es licito vender al precio, que probablemente se juzga tendrán las mercaderias, al tiempo de la paga, sin hacer mencion alguna, de si el dueño las ha de reservar, ò no, hasta dicho tiempo; con todo, si el dueño no havia de reservarlas, como dicho es, de ningun modo es esto licito: pues, como dice el citado Giribaldo *num.* 40. atestiguando ser doctrina comun, lo que Alexandro III. dixo implicitamente en el *cap. In Civitate*, lo explicò despues más claramente Gregotio IX. en el *cap. Naviganti*, en el qual, este trato, entonces se dà por libre de usura, quando el que vende havia de guardar, ó reservar la mercaderia, como se puede vér en él.

CASO 4.

Se resuelve quando, y como puede quedarse con la prenda del Mutuario, ò Comprador, el Mutuante, ò Mercader, que se la pide, para asegurar el principal, y quando es illicito, y prohibido.

1 D. **P**ORCIA quiere casar à una Hija, y para engalanarla, merca varios generos al fiado, à Lucrecio Mercader. Este se los vende à precio justo supremo, y para assegurar la paga, le pide Fidor; pero por no tener Porcia quien facilmente le haga esta gracia, dexa empeñadas en poder de Lucrecio algunas alhajas correspondientes, con pacto entre ambos, que si no paga dentro de ocho meses, se quede Lucrecio con ellas, dandolas por perdidas. Se pregunta, si este trato es licito?

M. El pacto de la ley commissororia en las prendas empeñadas, qual es el presente, mirado en si, ò en su naturaleza, es illicito, y usurario, como consta del Derecho Canónico en el *cap. Significante de Pignoribus*, y del Derecho Civil por todo el mismo titulo, y especialmente en la *L. 1. y ult. Cod. de pactis Pignorum*. La razon es, porque la prenda, que empeña el

132

Mutuatario, ó Comprador, para afianzar al Mutuante, ò Mercader, el principal, que le mutua, ó vende, ordinariamente vale mas de lo que es la deuda: pues no pocas vezes por una deuda de diez pesos, se empeña para la seguridad, una alhaja de veinte, ò mas pesos. Luego añadido al contrato de mutuo, ò venta, el pacto de la ley commissoria, ò que la prenda sea del Mercader, ò Mutuante, si el Comprador, ò Mutuatario, no paga en el tiempo aplazado, entonces el Deudor quedaría obligado à pagar mas de lo que debe, y el Acreedor recibiria mas del principal, inmediatamente por el mutuo explicito, ò implicito, y así cometeria usura, como dicen Navarro *cap. 17. num. 216.* Reginaldo *lib. 25. num. 232.* Salonio, Rebello, y otros seguidos de Bonacina *quest. 3. pun. 8. num. 2.* Rosignolo *Contr. 3. pren. 12.* Trullench *lib. 7. cap. 9. dub. 11. num. 14.* Silvestro, Covarruvias, Salas, Azor, Villalobos, y otros citados, y seguidos de los Salmaticenses *tr. 14. cap. 3. pun. 7. num. 47.* Giribaldo *tr. 3. cap. 3. dub. 9. num. 94.* y los Casuistas *part. 2. año 54. en Julio Caso 2.* donde dicen, que Porcia en este caso, no puede renunciar el beneficio del derecho, que reprueba este pacto, atento à ser reprobado para cerrar la puerta à las usuras, y engaños, que con este modo de tratar se cometían con grande detrimento de los pobres, y del bien publico, como nota tambien Reiffenstuel *lib. 3. Decret. tit. 21. §. 2. num. 58.*

2 D. En los tratos de compra, y venta, es licito el pacto de la ley commissoria, ò hacer pacto, y convenio, que si el Comprador, no dá el precio en el tiempo determinado, se tenga la cosa por no vendida, como consta de la *L. 2. y 3. ff. de Leg. Commissor.* Luego tambien en nuestro caso será licito,

M. Respondo, negando la consecuencia, y es la disparidad, porque quando se hace tal pacto en la compra, y venta, no se presume fraude, ò iniquidad usuraria, y así no pagando al tiempo debido el Comprador, se rescinde el contrato, para que la cosa vuelva à su dueño, por quien clama. En nuestro caso es muy distinto, como consta de lo dicho, y de lo que diremos. Holzman *tr. 3. de Contr. cap. 3. de Mutuo, & Usura. art. 3. num. 769.*

3 Mas

3 Mas si el contrato entre Porcia, y Lucrecio, fuese, que si no paga en el tiempo señalado, la prenda se repunte, y tenga por vendida por precio justo, à arbitrio de varon prudente, ó rassado por Sugero perito, entonces, ni hay usura, ni es illicito el contrato *L. Si fundus 16. §. ult. ff. de Pignoribus*: pues en este caso, se reputa haver venta condicional, como consta del mismo texto, y lo notan los citados Casuistas, y Giribaldo *num. 95.* y entonces lo que la prenda vale mas de lo que debe Porcia à Lucrecio, se debe entregar à Porcia, como advierten tambien Bonacina *quest. 3. pun. 8. num. 3.* y los Salmaticenses *num. 48.* donde añaden, y es comun, que si la prenda empeñada no vale mas de lo que es la deuda, el tal pacto no es illicito, ni usurario; pues siendo así, Lucrecio no recibe mas de la suerte justamente debida; y el pacto solo mira à assegurar lo que justamente se le debe, lo qual es licito, como nota tambien Giribaldo en el lugar citado. Y aun dicen los citados Reginaldo, Salon, Bonacina, Azor, Trullench, Rebello, y Salas, contra otros, que si Porcia, y Lucrecio ponen por condicion convencional, que si no paga por culpa suya en el tiempo determinado, pierda Porcia el derecho à la prenda, en pena de haver faltado à la fe, puede Lucrecio licitamente quedarse con dicha prenda, aunque importe mas de la deuda. Ni disienten los citados Casuistas de esta opinion. Y la razon es, porque el Deudor, que por su culpa no paga, quando debe pagar, falta à la justicia, y à la fe prometida; y así por esta culpa, es digno de alguna pena, la qual bien puede deducirse en convenio por mutuo consentimiento, como sea moderada, y proporcionada à la misma culpa. Lo mismo dice Holzman *de Contract. tr. 3. num. 759. pag. 654.* concurriendo culpa, siendo la pena moderada, y que no se ponga en pacto para paliar las usuras. Así tambien Ligorio *lib. 3. tr. 5. cap. 3. dub. 7. num. 766.* con Lugo, Tourneli, y otros muchos: los quales advierten, que si Lucrecio sabe, y conoce, que Porcia no puede pagar en el tiempo señalado, cometeria usura.

4 D. Supongamos, que Porcia en el caso puesto, obliga,

y

134

y empeña para la seguridad de dos mil pesos, que importa lo que le debe á Lucrecio, un Rancho, cuyo valor será tambien como de dos mil pesos. Recibelo Lucrecio por el pacto, que hacen, y lo manda sembrar de su cuenta. Pregunto, procede Lucrecio bien, si hace propios los frutos del Rancho?

M. Respondo, que en este trato procede Lucrecio ilícitamente, y con usura, y que los frutos pertenecen á Porcia. Consta de una *L. Cod. de act. pignorat. ibi. Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum, qui, si sufficiant ad totum debitum, solvitur actio, & redditur pignus; si debitum excedunt, qui supererunt redduntur.* Consta tambien del *cap. 1. de Usuris* puesto en el *lib. 5. Decret. tit. 19.* y dice: *Si quis alicujus possessionem data pecunia sub hac specie, vel conditione in pignus acceperit, si sortem suam deductis expensis de fructibus jam perceperit, absolute possessionem restituat debitori.* De suerte, que en este caso, sacadas las expensas, y trabajo, que tuvo Lucrecio en la siembra, y recaudacion de la cosecha, todo lo que sobra, y excede á dichas expensas, pertenece á Porcia, como explica alli la Glosa, alegando varios textos, y concuerda el *cap. Quoniam*, que es el *2. cod. tit.* Por manera, que si la cosecha fuesse tan abundante, que sacados los gastos, le quedassen á Lucrecio dos mil pesos de ganancia, los dichos dos mil pesos pertenecen á Porcia, y con ellos entregaba la cantidad, que debia á Lucrecio. La razon es clara; porque el Rancho fructifica para su dueño, y el dueño del Rancho no es Lucrecio, sino Porcia: luego si Lucrecio se quedasse con los frutos del Rancho, percibia frutos de Hacienda ajena. Si ya no es; que interviniessse daño emergente, ó lucro cessante, ó otro título justo, para percibir algun lucro con las condiciones, que quedan dichas en la *Vigilia 1. Caso 1.* que lo escusassen de pecado, y usura, como notan Molina, Rebello, Lelsio, Reginaldo, y Salas, citados, y seguidos de Bonacina *quest. 3. par. 9.* Rosignolo *prenot. 12.* y Giribaldo *num. 97.* el qual añade en el *num. 99.* que si la cosecha del Rancho fue mas abundante de lo que suele ser, por la diligencia, y exigencia de Lucrecio, qual Porcia no huviera puesto, teniendolo á su car-

go,

go, así mismo pertenecen todos los frutos à Porcia, sacadas las expensas, y el trabajo de Lucrecio; pues los frutos nacen para el dueño del fundo, que es Porcia, segun todos Derechos, y cita à Navarro *in Man. cap. 17. num. 216.* Si yà no es, que moralmente constàsse, de que Porcia le hacia libre cesion, ò donacion de la mayor porcion, ò exceso de frutos, q̄ cogió por su diligente cuidado, y aplicacion; como notan Rosignolo *prænot. 12. num. 4.* Azor *cap. 8. quest. 1. y 2.* Vazquez, Navarro, Reginaldo, y otros, à quienes citan, y siguen Bonacina *disp. 3. quest. 10. num. 7.* y Molina *disp. 535. num. 7.* O si yà no es, que Lucrecio hicièsse otro contrato con Porcia, mercandole el Rancho por solo el dicho tiempo, con pacto de bolverselo despues à vender; pues en este caso, haia suyos todos los frutos, como dice Lessio *cap. 20. dub. 16. num. 138.* y Filiucio *tr. 34. num. 109.* citados, y seguidos de Giribaldo *num. 99.*

5 D. Y si Lucrecio, recibido en prenda el Rancho, no lo trabaja, pudiendo hacerlo, como acostumbraba Porcia, ò no cuida, que se trabaje, y por esta omision, ò desidia, coge poco, ò nada, rendrà alguna obligacion?

M. Respondo, que queda obligado à Porcia en aquella porcion de frutos, que por su omision culpable, no se cogieron. Así Giribaldo *num. 98.* donde cita por sí à Molina, Azor, Rosignolo, Trullench, *lib. 7. decalog. cap. 26. num. 22.* y Antonio del Espiritu Santo *disp. 24. ses. 3. num. 1308.* La razon es, porque el Rancho està empeñado con los frutos, que ha de dàr, y producir: luego si por culpa de Lucrecio, no los dió, queda responsable à ellos.

6 Exceptuarse comunmente dos casos, en que el que recibe la prenda no està obligado à dàr los frutos, que produce, ni queda responsable à los que por su omision no se logran. El primero es, quando el Feudatario por lo que debe al Señor directo, le dá el feudo en prenda. El segundo es, quando el Yerno, por el dote, que el Suegro le prometió, recibe prenda fructifera. Vease à Giribaldo à *num. 100.* y à los Salmaticenses à *num. 49.*

CASO 5.

Se resuelve si es licito en algun caso al Mercader dar al Comprador menos de lo que pactan minorando en el peso.

1 D. **E**N una de las Villas de Michoacan, que dista mucho de Mexico, y de otras partes, de donde se abastecen los Comerciantes, suele haver cinco, ò seis Mercaderes, en cuyas Tiendas solamente se vende Cacao, porque en las otras no lo hay. El precio justo, natural, y vulgar, que el Cacao tiene puesto alli, son quatro reales por libra, y de otro modo no se costean. Los Indios, que baxan del Monte los dias de Fiesta à oír Misa, y mercar algunas cositas para la semana, inclinados à regatear quanto mercan, van à la Tienda à mercar Cacao, y pidiendo el Mercader quatro reales por una libra, el Indio solo le ofrece tres reales; y ciertamente se irá sin mercarlo, si no se lo dà à dicho precio. Entonces el Mercader toma los tres reales, y le dà al Indio solo doce onzas, que son lo que corresponde al precio natural, y vulgar del Cacao, y esto lo hace con conocimiento, de que si el Indio va à otra Tienda, harán lo mismo con él. Se pregunta si es licito este trato?

M. Parece, que no, segun aquella sentencia *Prov. 11. Matera dolosa abominatio est apud Deum, & pondus æquum voluntas ejus.* Agregase à esto, que el que merca, y vende, quedan mutuamente obligados à su convenio, segun aquella Regla, q̄ es la 85. *jur. Canon. in 6. Contractus, ex conventionem legem accipere dignoscuntur,* Fuera de que, el Mercader, en este caso, conviene libremente en los tres reales, que el Indio le ofrece por una libra de Cacao: luego el Indio no le hace injuria, ni dolo, segun la Regla 27. *jur. Canon. in 6. Scienti, & consentienti non fit injuria, neque dolus.* Antes bien, el Mercader es quien al parecer hace injuria al Indio, y le causa quebranto, faltandole al pacto, y queriendo enriquecer con la injuria, que le hace, y el dolo, con que procede contra la Regla 48. *jur. Canon. in 6. Locupletari non debet aliquis cum alterius injuria, vel jactura.* A mas de esto, el precio de lo que se vende, y merca, debe ser cierto, y determinado; de suerte, que de otro modo, la compra, y ven-

ta son irritas, y nulas, como consta del §. *Pretium Inst. de Empr. & vendit. ibi: Pretium constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest, sed & certum pretium esse debet.* Luego si el precio determinado por cada libra de Cacao entre el Mercader, y el Indio, son tres reales, à este debe estarle el Mercader; y de lo contrario, el contrato es irrito, y nulo. Añado à lo dicho, que si el Mercader le pidiera al Indio cinco reales por libra de Cacao, y el Indio se los diera, puede que los recibiera sin hacer escrupulos; puesto, que el Indio libremente consentia en el trato: luego si él consiente libremente en vender por tres reales la libra, así debe executarle en la entrega, dandole al Indio diez y seis onzas, y no solo doce. Esto no obstante.

2 Respondo al caso propuesto con distincion. O los quatro reales, que se reputan por precio justo, por libra del Cacao, son precio justo infimo, ô medio, ô supremo? Si son precio medio, y mucho mas, si son supremo, el tal trato es ilícito. Y es la razon, porque aunque el Mercader, ò Comerciante, licitamente puede antes del convenio, vender sus generos à precio justo medio, ô justo supremo, con todo, supuesto el mutuo consentimiento, y convenio de ambas partes, por justo precio infimo, debe estarle à lo pactado; como se colige de las Reglas arriba alegadas: luego si el precio de quatro reales por libra de Cacao, fuere medio, ò supremo, no procede bien el Mercader dandole al Indio doce onzas por tres reales, minorandole el pezo. Confirrase lo dicho con esta paridad. Quando el precio justo de la mercaderia está tassado por publica potestad, no puede el Mercader, sin injusticia, y sin obligacion de restituir, menoscabar el pezo à los que mercan, pues pagan segun estatuto, y justa ley: luego tampoco podrá licitamente menoscabarlo, y sin obligacion de restituir, siempre que los Compradores le pagan la mercaderia à precio justo infimo, por mutuo consentimiento, y convenio, que hace con ellos, de venderles à dicho precio. Y de lo contrario, se pudiera decir, que el que vende à precio justo infimo, podía licitamente compensarse de los Compradores ocultamente la cantidad, que resta,

138

hasta igualar el supremo; lo qual fuera abrir puerta à muchas iniquidades, como al intento notan los Casuistas de N. SS. P. Benedicto XIV. año 1751. en *Febrero Caso 1.* citando à *Sporer in Compl. in 7. precep. cap. 5. sef. 2. num. 75.* donde trae otras razones.

3 Si los quatro reales fueren el precio justo infimo de la libra del Cacao, en tal caso, creo, que puede licitamente el Mercader minorar el pezo, dando al Indio doce onzas: y si el precio justo infimo fueren tres reales, y medio, puede licitamente rebajar el pezo, dandole catorze. Y es la razon, porque el que merca, no puede licitamente mercar à precio mas minimo que el infimo, para proceder justamente en su trato; y assi prudentemente se puede presumir, que el Indio conviene en que su compra sea licita, aunque él por su rudeza no conosca lo que justamente debe dár por lo que recibe: y la voluntad de que le vendan el Cacao, es voluntad presumptiva de quererlo pagar segun debe pagarlo. Pruebasse mas, confirmando lo dicho: Porque el que merca, debe estar à las leyes de la compra justa: luego si el precio justo infimo de la libra del Cacao son quatro reales, ó tres y medio, y el Indio, por su rudeza, solo ofrece tres reales, puede ocultamente el Mercader arbitrar modo de percibir el dicho precio justo. Ni en contrario obsta el pacto, ó convenio por menor precio, entre el Indio, y el Mercader, porque el pacto contra la ley, y buenas costumbres no obliga, como dice Fagnano en el *cap. Antiquus de Pactis*: y con esto se responde à las leyes, y razones alegadas en contrario, que solo tienen fuerza, quando el convenio, ó trato se hace, y executa dentro de los limites de justo precio. Agregase à esto, que el Mercader, por el tal convenio, no conviene en perdonar el exceso; pues el dicho convenio no es del todo libre, sino compelido de la necesidad, por no perder la comodidad de vender à precio justo infimo, que es à lo menos que puede vender, y à lo menos à que los Compradores pueden mercar. Y à la paridad arriba alegada, que se puede aqui replicar, se puede responder facilmente, que quando
el

el precio tassado por el Principe, ò Magistrado, es injusto, entonces, tampoco está obligado el Mercader en el fuero de la conciencia à conformarse con él, porque la publica potestad solo tiene derecho para assignar precios à las mercancías, siendo justos, y de lo contrario fuera injusta su ley, como notan Molina *disp. 364. n. 3.* Lelsio *lib. 2. cap. 12. n. 14. circa finem.* Trullench *lib. 7. cap. 20. dub. 2. num. 8.* Navarro *in Man. cap. 23. num. 88. in fin.* Dicastillo, Villalobos, Reginaldo, y otros, alegados, y seguidos de Giribaldo *tr. 3. cap. 2. dub. 6. num. 53.* y los Salmaticenses *tr. 14. cap. 2. pun. 9. num. 115.* y mas al intento *pun. 12. num. 175.*

4 Confirmando lo dicho con la siguiente paridad: y suponemos, que Ticio, inteligente en la labranza, no halla Amo à quien servir por justo salario; y por lo tanto, se aviene à servir à Fabio, con salario muy inferior al justo, que el mismo Fabio dà á otros Criados. En este caso, sirviendole Ticio no menos bien, que los otros, puede licitamente compensarse con cautela, sino quanto resta hasta igualar el salario de los demás Criados, quanto resta para igualar el justo salario infimo. Y es la razon, por lo mismo, que antes dixes; porque el Amo, una vez que lo admite por Criado, debe estar à las leyes del justo salario, y si no se lo dá, cumpliendo Ticio con su obligacion, lo puede este compensar ocultamente, no obstante el convenio de servirle por mucho menos; pues el pacto, y convenio, que no es justo, como es contra las leyes, y buenas costumbres, no obliga. Ni Ticio, aunque se conviniese por menos, tiene animo de perdonar el exceso; pues se convino assi compelido de la necesidad, y por no perder la comodidad de servir: y assi lo sienten los citados Casuistas año 1750. mes de Agosto *Caso 1.* alegando à Giribaldo *tr. 9. in 4. praxep. Decal. cap. 2. dub. 3. num. 30.* el qual añade, que siendo el servicio de Ticio igual al de los otros Criados, debe el Amo aumentarle el salario, hasta que sea justo; y que de lo contrario, està obligado à restituir, y cita à Fagundez *lib. 4. in Decal. cap. 15. num. 31.* Leandro *tr. 5. disp. unic. quest. 24.* y

140

Bonacina *disp.* 3. de *Contr. quest.* 7. *pun.* 4. *num.* 9.

5 Ni obsta en contrario la prop. 37. condenada por N. SS. P. Innocencio XI. que dice: *Famuli, & Famule domesticae possunt occulte Heris suis surripere ad compensandam operam suam, quam majorem judicant salario quod recipiunt.* Pues se debe entender en caso, que el salario, que el Amo les dà, llega à precio justo. Entonces, aunque sea infimo, deben contentarse con èl, asì como el Amo estaria obligado à darles el salario supremo, si se conviniere asì con el Criado. Pero quando cierta, y evidentemente consta, que el salario, que de justicia se le debe al Criado, no llega al justo infimo, puede compensarse ocultamente, hasta que llegue al infimo, como dicen Bonacina *quest.* 7. *pun.* 4. *num.* 3. Molina *disp.* 506. Navarro *in Man. cap.* 17. *num.* 172. y con ellos Giribaldo *tom.* 3. *tr.* 3. *cap.* 8. *dub.* 5. *num.* 53. y dice, que es comun. Y aun dice el mismo Giribaldo *tom.* 1. *tr.* 9. *dub.* 4. *num.* 42. que si convenido el Criado con el Amo, por salario justo, le hiciere por su mandato algunos servicios extraordinarios, y no debidos, utiles al mismo Amo, y reconvenido el Amo despues por èl, no quisiese darle estipendio por ellos, puede licitamente compensarse su trabajo ocultamente. Pero sabiamente advierte à renglon seguido, que esto pide mucha cautela, y grande tienpo; porque los Criados frequentemente suelen recibir del Amo beneficios, que el Amo no està obligado à hacerles, y con estos se compensa suficientemente su trabajo, y servicio extraordinario. Y si este lo hicieren graciosamente, y un mandato del Amo, entonces claro es, que no pueden ocultamente compensar su valor: ni el Amo està obligado à darles de justicia algo por el dicho servicio; bien, que es conforme à equidad, y gratitud el atenderlo.

Vease la Vig. 4. Caso. 4.

CASO 6.

Se propone un caso practico muy comun, y se resuelve, si es licito mercar las cosas por menos de lo que valen, por adelantar la paga.

I D. **A**lgunos Hacienneros, ò Rancheros, que necesitan de reales por el Enero, recurren à Sergio, para que les
merc

merque unos Primales, y se los venden à peso por cada uno, que es el precio vulgar, que por entonces tienen: y aunque por entonces reciben el dinero, no entregan los Primales hasta el Julio, en cuyo tiempo, su precio regular, ó vulgar por cada uno, suelen ser diez reales. Se pregunta si este contrato es licito, ó si es usurario?

M. Sobre este trato, harto comun, así en Primales, como Ovejas, Lana, y otras mercancías, he oido escrupulizar à algunos hombres doctos, fundados, en que las mercancías no se pueden mercar por menos de lo que valen, por adelantar la paga, como tienen Juan Medina, Navarro, Valencia, Gutierrez, Rebello, Garcia, Habert, Reginaldo, Bañez, La Cruz, Prado, Martinez, Mercado, y otros muchos, cuya doctrina siguen Genetto tom. 1. tr. 3. c. 3. quest. 1 pag. 187. y Concina tom. 2. del Compendio lib. 9. dissert. 3. cap. 7. quest. 11. num. 17. y tom. 7. de su obra lib. 3. dissert. 2. cap. 7. num. 11.

2 Otros muchos Doctores tienen por probable, que es licito mercar por menos de lo que la cosa vale, por adelantar la paga. Así lo tienen Cordova, Soto, Salon, Manuel Rodriguez, Luis Lopez, Toledo, Angles, Saa, Molina, Lessio, Salas, Serra, Maldero, Dicastillo, Covarruvias, Ledesma, Cano, Turriano, Victoria, Lugo disp. 26. sess 7. §. 3. Trullench lib. 7. cap. 20. dub. 8. à num. 11. Sanchez tom. 1. Consiliar. lib. 1. cap. 8. dub. 15. Bonacina disp. 3. quest. 2. pun. 4. num. 12. & 20. y otros, que citan, y siguen Diana coordenado tom. 6. tr. 5. resol. 68. pag. 121. Castro Palao part. 7. tr. 33. disp. 5. pun. 13. num. 2. pag. 339. los Salmaticenses tom. 3. tr. 14. de Contract. cap. 2. pun. 11. §. 2. num. 153. pag. 412. y Ligorio lib. 3. tr. 5. cap. 3. dub. 8. art. 1. num. 811. pag. 213.

3 La presente dificultad tiene mucho parentesco con la del Caso 3. de la Vigilia antecedente, y no procede en caso de que haya peligro de que el Comprador pierda en parte, ó en el todo, el dinero, que dà por los Primales, ó otra mercancía, que merca con paga adelantada: ni en caso, que probablemente se pueda temer; que ha de tener gastos, y experimentar trabajos, y afanes, para que despues se le entregue en el tiempo

142

convenido: ni en caso, que por adelantar el dinero se le siga daño, ó le cesse lucro: pues concurriendo estos títulos, bien puede mercar mas barato adelantando la paga, proporcionando el interés con el peligro, expensas, daño, que teme, y lucro, que le cessa; al modo que puede por los mismos títulos, vender mas caro al fiado, segun se dixo en el Caso 1. 2. y 3. de la misma Vigilia. La razon es, porque el peligro de que el Vendedor haga algun fraude, ó de que no entregue cumplidamente la mercancia, ó de que no la entregue en el tiempo determinado, ó de que muera quedando insolvente, ó de que no la entregue sin muchas diligencias, y costos, ó de que al Comprador se le siga daño por el dinero, de que se priva en beneficio del que vende, ó del lucro, que por lo mismo puede cessarle, son precio estimables: y assi pueden licitamente compensarse con la disminucion del precio. Procede pues la dificultad en caso, que no concorra ninguno de dichos títulos. Mas claro: si solo por razon de adelantar la paga, es licito mercar la cosa por menos precio de lo que vale? En cuya atencion.

4 Digo lo 1. Si el que vende los Primales, à Sergio por el Enero á peso por cada uno, con pacto, que los ha de mantener á sus costas hasta el Julio, en que los ha de entregar, espontaneamente va à buscar à Sergio, y se conviene con él en los terminos, que representa el caso puesto, el tal trato es licito. La razon es, porque en el caso puesto, los Primales se deben reputar por mercancia ultronea, esto es, por mercancia, que el Vendedor espontaneamente ofrece, y tal vez ruega à Sergio, que se la merque. *Atqui* la mercancia se envilece, ó vale menos del precio ordinario, por razon de ser ultronea: luego en el caso propuesto, Sergio merca licitamente, y sin usura. Que las mercancías ultroneas desmerezcan de su valor ordinario, es comun sentència de los Doctores, como se puede ver en Diana en el lugar citado *resol. 69. pag. 122.* donde cita à Azor, Juan Medina, Bañez, Juan de la Cruz, Ledesma, Turriano, Navarro, Vazquez, Pitigliano, y otros. Assi tambien Giribaldo *tr. 3. de Contract. cap. 2. dub. 5. num. 46. pag. 99.* con Fa-
guno.

143.

gundez, Megala, Antonio del Espiritu Santo, y otros. Sabino Bononicense, *tr.* 34. *num.* 26. *pag.* 337. *Holzman de Contract.* *cap.* 4. *art.* 1. *num.* 783. *pag.* 658. y otros a cada passo. Luego si el Vendedor, en nuestro caso, espontaneamente le ofrece à Sergio los Primales, el dicho trato es licito, y libre de toda usura; como hablando de semejantes contratos, que suelen efectuarse en la Lana, los dà tambien por licitos Tamburino, à quien cita, y sigue el Abad Leonardo Jansen *Caso* 54. *num.* 23. *pag.* 593.

5 La dificultad està en conocer quanto desmerecan de su ordinario valor las mercancías ultroneas? Palacios, Salas, Rebello, Bartholomè de San Fausto, y Megala, à quienes cita Diana en la dicha *resol.* 69. dicen, que desmerecen la mitad. Lo mismo sienten Antonio del Espiritu Santo *tr.* 10. *disp.* 17. *num.* 820. infiriendo, que el que merca rogado, puede merca por la mitad de lo que la cosa vale; y así lo tiene tambien con Lugo, y otros, Tamburino *lib.* 8. *in Decal.* *tr.* 13. *cap.* 7. *§.* 4. *num.* 7. Pero otros, y à mi ver con mas equidad, son de sentir, que solo desmerecen la tercera parte de su precio, ó valor ordinario. Así Lessio *lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 4. *num.* 33. Filiucio *tom.* 2. *tr.* 35. *cap.* 4. *num.* 70. Bonacina *de Contract.* *disp.* 3. *quest.* 2. *pun.* 4. *n.* 23. con Cayetano, Salas, Fausto, y otros alegados del citado Diana; y lo mismo sienten Sabino arriba citado. Bien, que Giribaldo en el alegado *num.* 46. es de opinion, que si es mucha la copia de las mercancías ultroneas, ó que si la cosa, que se ofrecen espontaneamente para que la merques, es para ti poco necesaria, poco útil, ó comoda, y mucho mas si te es gravosa, y solo la mercas por haerle este bien al que la vende, en este caso, desmerece la mitad de su valor: pero no si el que la vende, te la vende compelido de su necesidad, y cita à Navarro *in Man.* *cap.* 23. *num.* 78. y 83. y à Medina, Silvestro, Soto, y Salas *dub.* 25. *num.* 4.

6 Digo lo 2. Aunque el referido genero de tratos no se debe aconsejar, para remover de todo peligro de usura à los Comerciantes, especialmente, si son codiciosos, como no an
muy

144

muy al intento los Salmaticenses, Castro Palao, y otros de los arriba citados; con todo es probable, que el trato sobredicho es licito, si hay costumbre en el País de tales tratos. Pruebase de este modo. Porque si ninguno por el mes de Enero mercara los Primales como se acostúbra, y queda dicho, en el mes de Julio fuera mucha la abundancia de ellos; *atqui* las mercancías desmerecen el precio por su abundancia, así como valē mas por la inopia de ellas: luego en el mes de Julio no valieran à diez reales, antes bien por su multitud, y por la necesidad de los Dueños, se verian estos obligados à venderlos à menos precio, para evitar gastos para conservarlos. Pruebase de otro modo: porque así como por la abundancia, ò inopia de las mercancías, se aumenta, ò se disminuye su precio; así también se disminuye, y aumenta por la abundancia, ò inopia de Vendedores, y Compradores; *atqui* son muchos los que por el mes de Enero ofrecen espontaneamente los Primales à peso, como dicho es, porque se les anticipe la paga: luego se pueden mercar licitamente à dicho precio. Pruebase de otra manera. Porque el precio natural, y comun de las mercancías, es aquel, que tienen segun la comun estimacion de los hombres, la qual se debē tener por Regla de los precios, segun la ley *Pretia rerum ff. ad Leg. falcidiam*, que dice: *Pretia rerum, non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur*: esto es, que qualquiera mercancía, tanto vale, quanto comunmente juzgan los hombres, que conocen su qualidad; y valor, sin intervenir preocupacion, ò fraude: y así explican dicha Regla el Ilmo. Genetto tom. 1. tr. 3. cap. 2. quest. 2. pag. 179. y Amort tom. 1. tr. 6. §. 7. quest. 5. num. 5. *Atqui* supuesta la costumbre del País, prudentemente se puede presumir, que anticipando la paga de los Primales, como dicho es, este es el justo precio, que tienen en la estimacion de los hombres practicos en dicho genero de tratos: luego el referido trato es licito. En esta atencion los citados Salmaticenses num. 153. dicen ser cosa durissima condenar à tantos Mercaderes, que en España mercan en el mes de Octubre, ò Noviembre la Lana à 30. reales adelantando la paga,

ga, la qual en el mes de Mayo, en que se les ha de entregar, vale 40.

7 El P. M. Concina en el lugar arriba citado tiene esta doctrina de los Salmaticenses por falsa, y relaxativa de la doctrina Evangelico Moral, diciendo con alguna extension, que de este mismo principio, esto es, de hacer muchos una cosa, ó de proceder de un mismo modo, usan los Paganos para propugnar, y defender la Religion, que practican con sus Idolos, y Deidades. Pero si este reparo, como suena, tuviere fuerza, se seguiria de aqui, que nunca seria licito seguir, ni conformarse con la costumbre, siendo indisputable, que à vezes es obligatorio: y assi parece argumento que prueba demasiado. Si el trato de nuestro caso, que viene à ser el mismo de los Salmaticenses, clara, y expressamente fuera usurario, claro es, que no pudiera ser licito, ni por titulo de costumbre immemorial; pues ninguna costumbre puede hacer licita la usura, estando como está prohibida por Derecho Divino, Eclesiastico, y Natural, como comunmente assientan los Doctores. Pero siendo controvertible la licitud de él, estamos en especie muy distinta, y viene al intento la doctrina del Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 11. §. 28.* que yà queda referida en la Vigilia 8. *num. 6.* por estas palabras: *Et si diceretur, hic esse usuram, & usura est contra Decalogum: Respondetur usuram esse contra præcepta Decalogi, verum est reductivè, sed hunc contractum esse usurarium non est clarum, cum sapientes contraria sibi invicem in hujusmodi sentiant.*

8 Digo lo 3. Si quando Sergio merca los Primales por el Enero, como dicho es, se puede hacer juicio probable, ó se puede dudar con fundamento, que por la abundancia de ellos, ó por la escasez de Mercaderes, ó por otras circunstancias, valdrán à menos de peso por el Julio, en tal caso los puede mercar licitamente, y sin usura, à menos de peso por el Enero, aunque en dicho mes, sea su precio infimo ordinario un peso por cada uno. Es clara la razon, si se atiende al peligro, y contingencia, à que Sergio se expone, y es resolucion expressa del Señor San

146

Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 8. §. 1. circa fin.* donde dice: *Quod si Emptor dat pretium mercium antequam recipiat merces, & minus dat, quam tunc valent, cum emit, ex eo quod eo tempore, quo recepturus est merces, verosimiliter aestimatur, quod minus debeant valere, quam tunc cum emit, vel saltem dubium est, utrum plus vel minus sint valiturae, quam sit pretium datum, pretium est justificatum, & licitum.* Consta tambien del *cap. Naviganti re-* ferido en la Vigilia 1. Caso 2. num. 3.

VIGILIA 3.

Prosigue la misma materia con otros casos comunes.

CASO 1.

Se supone ser licita la venta à precio rigoroso justo, quando es à credito, y se deduce la ilicitud de la retroventa, ò contrato Moharra, y como, y quando puede ser licita.

1 D. **P**ublio quiere vender una Casa, cuyo precio infimo son mil pesos, y el supremo mil, y cinquenta, à juicio de varon experto. En este supuesto, Zaro, que quiere mercarla, y el dicho Publio, hacen convenio, que si el dinero se entrega de contado, queda la Casa vendida por mil pesos, y si se entrega al cabo del año, la venta es por mil, y cinquenta. Preguntase, si proceden bien en este trato?

M. Así Publio, como Zaro proceden bien; pues de qualquier manera, que se efectùe el trato, se efectua dentro de precio justo. Si Publio vende la Casa al fiado, el precio de mil, y cinquenta pesos, no excede los limites del supremo, ò rigoroso. Si Zaro la merca pagando de contado, el precio de mil pesos no es inferior al justo infimo, ò piadoso. Luego ambos proceden licitamente. Lo contrario se debe resolver, si los mil pesos fueran el precio rigoroso de la Casa, y Publio, no interviniendo lucro cessante, ni daño emergente, ni peligro de perder el principal, segun lo dicho en las Vigilias antecedentes, percibiera mil, y cinquenta, por esperarse un año. Pues entonces fuera lo mismo, que dar mil pesos à mutuo, con pac-

to de recibir por la dilacion cinquenta mas, al cabo del año; y esto es usura, como sienten comunmente los Doctores con el Señor Santo Thomas 2. 2. *quest.* 78. *art.* 2. *ad* 7. donde dices: *Quidquid ultra justum pretium pro hujusmodi expectatione exigitur, est quasi pretium mutui, quod pertinet ad rationem usurae.*

2 *D.* Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que Zaro necessita al tiempo del referido contrato de mil pesos, y no hallando quien se los preste, se conviene con Publio de que le mercará la Casa al precio supremo rigoroso de mil y cinquenta pesos al fiado, y que Publio se la merque despues al precio infimo de los mil, dandole el dinero de contado. Pregunto: es licito este trato, supuesto que uno, y otro lo efectúan dentro de los limites de precio justo?

M. El referido contrato es illicito, y usurario, pues se resuelve en puro mutuo paliado, con nombre de compra, y venta. Y mirado, como se debe, viene à ser lo mismo, que mutuar Publio mil pesos à Zaro, pidiendole cinquenta de interès inmediatamente por el mutuo, sin otro titulo, como supone el caso. Y porque este modo de tratar, y contratar, aun con mayores lucros, se estiende por la depravada codicia de los hombres à todo linage de mercancias, especialmente en tiempo de Flota, y Ferias, sepan los que así lo hacen, que son Usuretos, pues este es el contrato, que los Italianos llaman *Stocco*, y nuestros Españoles *Mohatra*, y està reprobado, y condenado por N. SS. P. Innocencio XI. en la Prop 40. de sus condenadas, que dice: *Contractus Mohatra licitus est, etiam respectu ejusdem personae, & cum contractu retrovenditionis praevidente, cum intentione lucri.*

3 *D.* Publio en el caso puesto vende, y merca dentro de precio justo: luego este trato, atendido el derecho natural, es licito, y la referida Proposicion condenada parece se puede entender en caso, que no se observa el justo precio.

M. No es así, porque supuesto el pacto implicito, ô explicito de la retrovendicion, por menor precio, moralmente hablando, no se verifica venta de Publio à Zaro; puesto que

148

luego ha de resolverse: y así todo el trato se resuelve en un mutuo paliado, y el interés lo reporta por solo el título de mutuo, lo qual es usura. Así Silvestro *V. Usura 2. quæst. 4. Mercado lib. 2. de Contract. cap. 21. Rebello 2. part. de obligat. just. lib. 9. quæst. 7. num. 7.* y con ellos Palao *tr. 33. disp. 5. pun. 33. num. 3. pag. 410.* y otros muchos à quienes siguen los Salmaticenses *tr. 14. cap. 2. pun. 7. num. 69. pag. 392.* donde dicen, que es comun, y Giribaldo *tr. 3. cap. 2. dub. 18. per tot. pag. 112.*

4 D. Supongamos, que Publio, y Zaro no hicieron contrato implicito, ni explicito de retroventa, y despues que Zaro le mercò à Publio la Casa por mil y cinquenta pesos al fiado, se la vende al mismo Publio por mil, con dinero de contado. Es licito este trato?

M. Respondo, que atendida la naturaleza de este trato, es licito: esto es, si se hace con christiana sinceridad, y sin mira à injusticia, y usura. Es la razon, porque aquí hay dos contratos distintos de compra, y venta, celebrados dentro de los limites de justo precio, sin injusticia de alguno de los Tratables. Ni por haver Publio vendido la Casa à Zaro por precio rigoroso, se hizo de peor condicion, que los otros, que se la pueden mercar licitamente à precio infimo: y así puede mercarla despues à precio infimo con dinero de contado licitamente, y sin usura. Antes bien, mercandola así, le hará beneficio, libertandolo de buscar Compradores, y de manifestar à otros sus atrassos. Así Villalobos *tr. 21. dif. 19. á num. 3. Lesio lib. 2. cap. 21. dub. 16. Navarro cap. 23. num. 91. Bonacina quæst. 2. pun. 3. num. 26. Salas de Emp. dub. 37. Diana part. 1. tr. 8. resol. 58. Antonio del Espiritu Santo disp. 17. num. 848.* à quienes sigue Giribaldo *num. 183.* y otros que citan, y siguen Palao *num. 4.* y los Salmaticenses *num. 70.*

5 La dificultad mayor, que aqui puede ocurrir, es, si Publio podrá mercar licitamente la Casa à Zaro, por precio infimo con dinero de contado, (lo mismo se puede dificultar en qualquiera otra mercancia) si quando èl se la vendiò por precio rigoroso al fiado, conocia, que Zaro la havia de vender lue-

go por menos, porque necesitaba de dinero, y teniendo este conocimiento, se la vendió con intencion de mercarcela luego por menos, con dinero de contado. Navarro *cap.* 18. *num.* 241. Vega *V. Usura cap.* 131. *caso* 62. y Molina *disp.* 310. *ŷ. Observatamen*, dicen, que no lo puede hacer licitamente. Creo, que estos Doctores se fundan en la Ley de Castilla, que es la 29. *tit.* 4. *lib.* 3. *novæ Collect.* en que se ordena à los Juezes, que castiguen à los Tratantes, que en fraude de las usuras celebran tratos ilícitos con los que saben han de vender las mercancías à menor precio. Y en la ley 22. *tit.* 11. *lib.* 5. se prohibe à los Mercaderes mercar con dinero de contado los generos, que vendieron mas caros al fiado, ò à credito, con pena de perderlos, y multa de cinquenta mil Maravedizes. Pero como estas leyes, por lo que mira à nuestros Reynos, solo obligan en conciencia, ò à pecado mortal, quando la venta es sobre el precio justo, y la compra à menos del justo precio, como con Palao, Gutierrez, Azevedo, y Salas tienen los citados Salmaticenses *num.* 68. y por otra parte, no es ilícito el esperar lucro de la venta, ò mutuo, si no interviene pacto implícito, ò explícito en que se pida como debido; parece, que Publio licitamente, y sin usura, puede mercar la Casa à Zaro por los mil pesos con dinero de contado, aunque quando se le vendió por mil, y cinquenta al fiado, conociessé, que Zaro havia de venderla por menos, para hacerse de dinero. Así el citado Palao *num.* 6.

6 Con todo, como es tan dificultoso, que estos tratos se practiquen con christiana sinceridad entre hombres codiciosos, y en la practica suele haver en ellos muchas usuras paliadas, piden, que el Confessor se maneje en ellos con gran destreza, y prudencia. Advirtiendo, que aun en los casos, que mirada la naturaleza del trato, haya fundamentos tales para darlo por licito, y ageno de toda injusticia, y obligacion de restituir, suele ser ilícito, por ser contra charidad, negando el mutuo al que está en necesidad grave: ò puede ser ilícito por el peligro de infamia, à que se exponen los que así tratan; pues el vulgo de *ordinatio* los tiene por usureros, y ladrones, es-

156

especialmente, quando practican tratos de esta naturaleza, sin extraher mercaderias de su oficina, como con otros nota el citado Giribaldo.

CASO 2.

Se examina si es licito mercar, ò vender à precio corriente los generos, que por noticia privada han de subir, ò baxar luego.

1 D. **F**loro Mercader ordinario en esta Ciudad de Queretaro, tiene un Correspondiente en Vera Cruz, y otro en Mexico, que le avisan de quantas novedades dignas de aviso ocurren sobre el Comercio. Con estas noticias, que suele tener anticipadas, sabe, que el papel ha de subir luego de precio, por haverse malogrado las Naves, que venian de Europas y antes que se divulgasse la voz, assi èl, como otros, por su encargo, salen por las demás Tiendas de la Ciudad, y mercan cantidad de papel à precio corriente. Se pregunta, si Floro procede licitamente?

M. De estos lances vimos no pocos en las passadas guerras: y con las noticias privadas, que algunos tienen de sus Correspondientes, suceden con harta frecuencia, assi en la compra de generos, que se sabe han de subir por carestía, y inopia, como en la prompta venta de los que se sabe han de baxar por su multitud, y abundancia, sobre lo qual corre la paridad igualmente. Y ciertamente, como la industria de Floro, en el caso puesto, proceda sin positivo engaño, y sin fraude, es doctrina muy comun, contra Medina de Rest. q. 35. Contrato de Contract. quest. 62. 63. y 67. Gabriel in 4. sent. dist. 15. quest. 11. art. 3. dub. 6. Rodriguez part. 2. Sum. cap. 81. num. 10. y algunos Jurisconsultos, que refiere Covaravias Reg. Peccatum ff. 2. part. §. 4. num. 6. que Floro en el caso puesto, no procede contra justicia, ni contra charidad. La razon de lo primero es, porque el que merca una cosa por lo que vale publicamente, merca bien, y conforme à justicia: Luego si Floro en el caso puesto mercò el papel à precio corriente, mercò justamente. Ni obsta la ciencia privada, que tenia de que el papel
luc.

luego havia de subir à mayor precio. Lo uno, porque Floro no està obligado à manifestar esta noticia con incomodo, ò daño proprio, y assi usò de su derecho. Lo otro, porque el precio justo de las cosas, no pende del juicio, ò ciencia privada de uno, ò de otro, sino de la comun estimacion de los hombres, y estando á esta, pagò el papel à precio justo, pues lo pagò à precio corriente entre los practicos en el comercio.

2 La razon de lo segundo es, porque la charidad ordenada permite à lo menos, que cada uno atienda à su negocio en igual causa, ò peligro igual, y comun, aunque de ello por accidente se le siga al proximo algun daño, como en el caso tambien lo huviera experimentado Floro à no haver sido tan sollicito en mirar por el suyo. Fuera de que, puesto que la diligencia de Floro fue licita, y honesta, no fue contra la charidad; pues la charidad solo obliga à abstenerse de lucro iniquo, y contra las leyes, no de lucro licito, y conforme à leyes, aunque de ello por accidente se siga detrimento al proximo. Confirrase todo lo dicho con el exemplo del Patriarcha Joseph *Genes. 4.* que previendo la futura esterilidad de trigo por siete años, mercò antes grande copia à precio corriente, y despues lo vendió mas caro à los de Egipto, con que enriqueció al Rey; y no hay Interprete, que lo condene de injusto, ni de que faltàsse à la charidad. De este sentir es Sporer *tom. 2. tr. 6. cap. 5. à num. 33.* con Lugo, Layman, Lessio, y Tamburino, citados, y seguidos de Sabino *tom. 1. tr. 34. à num. 36. pag. 340.* Siguen esta opinion Cayetano, Bañez, Aragon, Valencia, Silvestro, Rosella, Armilla, Covarruvias, Toledo, Molina, Salon, Soto, Rosignolo, Antonio del Espiritu Santo, y otros, que citan, y siguen Castro Palao *tr. 33. disp. 5. pun. 15. pag. 342.* y Giribaldo *cap. 3. dub. 11. pag. 105.* y alegan por sí al Señor Santo Thomás *2. 2. quest. 77. art. 8. ad 4.*

3 D. Si Floro en nuestro caso huviera fingido cartas, ò esparcido voz falsa, de que el papel baxaria luego de precio, y lo huviera mercado à precio corriente, huviera pecado contra la verdad, charidad, y justicia. Luego lo mismo se ha de de-

152

decir en las circunstancias expuestas; pues teniendo noticia privada de que luego havia de subir de precio, su diligencia en mercarlo al precio corriente es imprescindible de dolo, ni los que se lo vendieron lo hubieran vendido si hubieran sabido, que luego havia de subir de precio.

M. No vale la paridad, porque fingiendo Floro las cartas, ô esparciendo falsa voz de que el papel baxaria luego de precio, procederia con fraude, y engaño positivo, y todos tienen derecho â no ser engañados con fraude. Pero en el caso puesto, no intervino fraude, ni procediò dolosamente, sino usando de su derecho, y assi es muy distinto. Ni obsta, que si los que le vendieron el papel hubieran tenido tal noticia, no se lo hubieran vendido; pues esta ignorancia no es acerca de la substancia del contrato, y assi no lo invalida, pues absolutamente consintieron en el trato de venta â precio por entonces justo. El que merca un Caballo, que luego se muere, ô una Casa, que luego se quema, no hubiera mercado el Caballo, ni la Casa, si lo hubiera sabido, y por esso el contrato no dexa de ser justo, y válido.

4 *D.* El que vende â otro algun genero â precio corriente, con conocimiento, q̄ luego ha de desmerecer de su intrinseca bondad, ô se ha de corromper, y perder, pecará contra charidad, y justicia si no lo avisa. Luego lo mismo en nuestro caso.

M. Tampoco vale la paridad, porque quando un genero se vende â precio corriente, con conocimiento de que por su depravada disposicion, y intrinseca qualidad, ha de desmerecer luego de su valor, ya por aquel entonces, en q̄ se vende, vale menos. Pero quando se merca â precio corriente concurriendo la noticia privada de que luego valdrá mas, ô se vende tambien â precio corriente por razon de la misma noticia, por aquel entonces, en que se merca, ô vende, no vale mas, ni menos del precio corriente; pues la ciencia particular del que vende, ô merca, no muda la intrinseca bondad del genero, ni aumenta, ni disminuye el precio, como dicho es.

5 *D.*

153

5 **D.** El precio del papel luego se ha de aumentar notablemente por la inopia de él, conocida por Floro, y ignorada de los que se lo venden. Luego este conocimiento debe aumentar su precio.

M. Niego la consecuencia; pues para que la inopia, ó carestia de papel aumente el precio, debe ser actual, ó presente, y quando Floro lo merca, no es presente, ó actual, aunque él la conosca muy cercana, con ciencia, ó noticia privada.

6 Mas sin embargo de q̄ este trato es licito, es de advertir, q̄ Floro puede pecar en él contra charidad, si algunos, ó alguno de aquellos, á quienes merca el papel, han de venir por haverlo vendido así á necesidad grave, ó gravísima, ó han de quedar reducidos á grave, ó gravísima miseria. Porque si la charidad obliga á socorrer al pobre, que se halla en tal miseria, ó necesidad, con mas razon obligará á evitarla, ó á no inducir al proximo á ella. En cuya atencion, aunque Floro en el caso puesto, puede licitamente mercar el papel, ó otros generos, á precio corriente á los Mercaderes, que por venderse, no han de experimentar la referida necesidad, y conflicto, no le aprobaria yo la industria, y la diligencia, mercandolo á todos sin distincion; especialmente, no estando necesitado gravemente para usar de su noticia privada.

CASO 3.

Se examina, si el convenio, ó conspiracion de algunos, para vender á precio riguroso algunos generos, á mas de ser pecado contra charidad, induce obligacion de restituir.

1 **D.** **P**onciano, Tito, y Valerio son solos los que tienen un genero, ó algunos; de los que frequentemente se expenden en el Pueblo de N. y se convienen entre si de no vender, sino á precio riguroso, y supremo, y así lo executan. Se pregunta lo primero, si pecan contra charidad. Lo segundo, si pecan tambien contra justicia?

M. En quanto á lo primero, tengo por cierto, que pecan contra charidad; pues por la dicha conspiracion, se ven

U

pre:

154

precisados aquellos vecinos á mercar los tales generos á precio sumo, quando pudieran mercarlos á precio medio, y tal vez infimo, si ellos no se conspirássen por este medio iniquo, y illicito, en no vender sino á precio sumo; lo qual es especie de Monopolio prohibido con graves penas *L. unic. cap. de Monopolijs.*

2 Ni vale decir, que la charidad no obliga á vender á precio infimo, ó medio, siendo constante, que qualquiera vende licitamente, vendiendo á precio justo y rigoroso, ó sumo; pues aunque esto sin duda es así, tambien es verdad, que la charidad obliga á no disuadir á los otros á que vendan á los dichos precios infimo, y medio, no haviendo justo motivo para ello. Al modo que, en algunos casos, en que la charidad no obliga á un particular á dar limosna, le puede obligar á no disuadir á los que quieren darla.

3 En quanto á lo segundo es mayor dificultad. Soto *lib. 6. de just. quest. 2. art. 3.* Layman *lib. 3. Sum. ses. 5. tr. 4. cap. 17. §. ult. circa fin.* Navarro, Contrado, Juan Molina, Rebello, y Salas, á quienes cita, y sigue Páao *tr. 33. disp. 5. pun. 34. pag. 410.* teniendo su opinion por mas probable, dicen, que tambien es pecado contra justicia, con obligacion de restituir. La razon es, porque la Republica tiene derecho de justicia, para que sus vecinos no sean compelidos por medios iniquos, y illicitos, á mercar las cosas mas caras de lo que pudieran mer-carlas. Luego en el caso puesto, se les quita á los vecinos el derecho, que justamente tienen, y así se viola la justicia. Fuera de que, es cosa injusta derogar el comun estatuto de los precios en supremo, medio, y infimo. *Atqui* en el caso, de que hablamos, quedan aquellos generos con solo el precio supremo, y los vecinos forzados á merarlos á dicho precio. Luego hay fraccion de justicia, con obligacion de restituir. Así tambien Spoter *de 7. præcep. cap. 5. num. 103.* Roncaglia *de Contract. cap. 8. quest. 2. Regula 3.* y otros.

4 Con todo Hugo *disp. 26. num. 172.* Rosignolo *Contr. 2. prænot. 6. num. 3.* Tullench *lib. 7. cap. 25. num. 4.* Bonacina,

Dia.

Diana, Molina, Lefsió, Aragon, y Antonio del Espíritu Santo *disp.* 17. *num.* 883. á quienes cita, y sigue Giribaldo *cap.* 2. *dub.* 19. *num.* 187. teniendo tambien su opinion por mas probable, dicen con no menos probabilidad, que aunque Ponciano, Tito, y Valerio, en el caso puesto, pecan contra charidad, y contra la justicia legal no pecan contra la justicia commutativa, y que por lo tanto, no están obligados á restituir. Lo mismo resuelven los Salmaticenses *tr.* 14. *cap.* 2. *pun.* 5. *num.* 56. citando á Vallalobos, Tapia, y otros, y es tambien sentencia de Ligorio *lib.* 3. *tr.* 5. *cap.* 3. *num.* 817. con Viva de *Contract.* *quest.* 2. *art.* 4. *num.* 2. Holzman de *Contract.* *cap.* 4. *num.* 805. Tamburino in *Dec.* *lib.* 8. *cap.* 3. §. 12. *num.* 11. y otros. La razon es, porque por la dicha conspiracion, no quitan el precio, que se requiere para el contrato de compra, y venta, pues suponemos q̄ venden el genero, ô mercancia dentro de los limites de precio justo: y así, aunq̄ sea prohibida por ser ilícita, no es prohibida por injuriosa: ô aunque sea prohibida por ser contra la justicia legal, que mira al bien publico, y comun, no es prohibida porque sea contra la justicia commutativa, que mira à la igualdad entre los Contratantes, ô entre la paga, y lo que se vende. Al modo que, el que pide à uno, que no venda à otro, sino à precio riguroso, ô supremo, no peca contra justicia, ni queda obligado à restituir.

5 Pero notese, y lo advierte sabiamente con otros el citado Giribaldo *num.* 188. que en el caso propuesto, el precio justo supremo no es aquel, que se puede estimar, atendiendo à la inopia, y carestia de los generos, ô mercancias, que resulta de la referida conspiracion: sino aquel, que si no huviera tal conspiracion, se deviera tener por justo supremo, atendidas la cantidad, y qualidad de lo que se vende, y la mayor, ô menor abundancia de compradores. Bien, que esto rara vez sucederà, porque los que así se convienen, de ordinario no quieren vender sino al precio, que ellos se rasan; y haciendolo así, sin duda venden fuera de los limites de precio justo, y quedan obligados à restituir. Adviertan esto los que se conciertan pa-

156

ra mercar ciertas especies de mercancías, ó la mayor parte de ellas, para venderlas despues á precio muy subido, segun su codicia les dicta. Están sin duda obligados á restituir todo lo que excede los limites del precio justo, como dicho es: y aun en caso, que atendidas las circunstancias debidas, las vendan á precio justo riguroso, como por su Monopolio inducen ó causan la penuria de las tales mercancías, dado, que muy probablemente no pequen contra la justicia commutativa, y no queden obligados á restituir, pecan sin duda contra la charidad, por el perjuicio, que causan al bien comun, en detrimento de los pobres, contra la justicia legal.

6 D. Supongamos, que en el Pueblo donde Ponciano, Tito, y Valerio han hecho el expuesto Monopolio, se halla Jacobo, el qual no ha intervenido en su conspiracion, ni directa, ni indirectamente, y tiene en su Almacen porcion de los generos, que ellos han congregado. Pregunta: podrá Jacobo venderlos al precio comun, inducido, y corriente por el Monopolio de los otros?

M. Si el precio comun, y corriente, causado por el Monopolio de los otros, excede el precio supremo, que tendrian los tales generos, si no huviera tal Monopolio, es muy probable que no puede. Y es la razon, porque el precio aumentado sobre el supremo, que los generos tendrian, secluso el Monopolio, no es justo. Luego está Jacobo obligado á restituir todo el exceso, assi que conoce el fraude, iniquidad, y injusticia de los Monopolistas. La prueba de lo dicho es, porque el exceso del precio, que nace de injusticia, es injusto, y en el caso los Monopolistas proceden con injusticia, excediendo los limites del precio justo supremo, como con otros notan Ligorio en el citado *num.* 817. y Giribaldo *num.* 195. Lo contrario tienen los Salmaticenses *num.* 57. con Medina, Trullench, Reginaldo, Bonacina, y Diana, y dicen, que Jacobo en este caso no peca, aunque no ignore, que el exceso del precio es originado de la injusta conspiracion; pues aunque sea assi, ya el tal precio es comun, corriente, y vulgar; y que por lo que
mira

mira à Jacobo, se debe reputar por accidente el aumento del precio; pero èl vende bien vendiendo à precio, q̄ se tiene en el fueto publico por justo, ò que corre por comun, provenga de donde proviniere esta tasa, que se tiene por corriente, y vulgar.

CASO 4.

Trata de los que venden el vino mesclado con agua, y si puede ser licito alguna vez.

1 D. **T**arquino Mercader, vecino de Queretaro, tiene porcion de vino blanco comun, cuyo precio corriente, en todas las demás Tiendas, suele ser à quatro reales. Pero para vender luego el suyo, le mescla una poca de agua, y lo vende à tres y medio. Con esto atraè à los Compradores à su oficina, y entiende, que no procede mal en ello, pues procura medir el agua de modo, que el precio no exceda el comun de los quatro reales. Se pregunta, si procede licitamente?

M. Aun en el caso, que el precio de los quatro reales fuera medio, ò supremo, y Tarquino con su estratagema, y fraude, midiera el agua de modo, que vendiera su vino à precio infimo, procediera ilicitamente, y con injusticia. La razon es, porque los demás Mercaderes tienen derecho à que ninguno les perturbe el despacho de su Tienda con fraude, y engaño, privandolos del lucro justo, que esperan, y tendrian, no interviniendo el tal estratagema doloso. Luego Tarquino en el caso procede ilicitamente, y con injusticia. Fuera de que, como en el lance expuesto, ignoran los Compradores la causa del precio menor à que Tarquino vende su vino, juzgan, que el precio justo del vino no es el que piden los demás Mercaderes, lo qual parece innegable en la suposicion de que lo venda à quartillos, y por menudo. Luego con su fraude hace agravio à los demás, les hace injusticia, y queda obligado à restituirles el daño, que les causa, à juicio de varon prudente. Vea-se à Sabino *tr.* 34. *num.* 83. *quæst.* 30. *pag.* 350.

158

2 **D.** Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, que el vino de Tarquino es muy generoso, y notablemente mejor, que el que regularmente se vende en las otras Tiendas; de fuerte, que aun con el agua, que le mezcla, queda de igual bondad al que venden los otros. Podrá venderlo en este caso minorando su precio, para despacharlo luego?

M. En sentir de algunos Doctores, Tarquino puede licitamente en este caso vender el vino, no solo à precio menor, que los otros, sino tambien à precio corriente, comun, y vulgar, con tal, que el que lo merca, no lo merque para guardarlo, sino para consumirlo luego. Vease à Bonacina de *Contr. disp.* 3. *quest.* 2. *pun.* 6. *num.* 17. *Sporer tr.* 6. in *Dec. cap.* 5. à *num.* 80. *Layman lib.* 3. de *just. tr.* 4. *part.* 3. *cap.* 17. *§.* 2. *n.* 15. *Lesio lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 11 *n.* 83. *Diana coordinado tom.* 6. *tr.* 3. *resol.* 90. *pag.* 129. donde cita por sí à Lopez, Juan de la Cruz, y Homobono, y dice, que tiene esta opinion por mucho mas probable, q̄ la contraria, que lo prohíbe. Y *Ligorio lib.* 3. *tr.* 5. *c.* 3. *num.* 820. *pag.* 215. la tiene por bastante probable, y concluye, que à lo menos, no parece se hace injusticia grave à los Compradores, si lo han de consumir luego, como dicho es. Dán la razon, porque qualquiera que vende, bien puede reducir licitamente los generos, que expende, al mismo estado, y condicion, que tienen los que venden los demás, y venderlos al mismo precio. Luego si con la mezcla del agua, el vino queda de igual bondad al de los otros, licitamente puede Tarquino mezclarla. Confírmase: pues Tarquino en este caso, no hace daño, ni injuria à los que le mercan el vino, pues no está obligado à darles mejor vino, que el que les venden en otras Tiendas. Fuera de que, la estimacion de las cosas, se toma de lo que conducen à los usos humanos, y el vino en dicho caso sirve al uso de los hombres del mismo modo, que sino le huvieran mezclado agua. Luego Tarquino no procede illicitamente, y puede vender su vino al mismo precio, que los otros, sin obligacion de restituir algo por ello.

3 Otros muchos Doctores, cuya doctrina siguen los Salma-
ti-

ticenses tom. 3. tr. 14. cap. 2. de Emp. pun. 10. §. 1. num. 129. y pun. 12. §. 2. num. 173. Giribaldo tr. 3. cap. 2. dub. 6. n. 63. & la qual parece inclinarse Sabino tr. 34. á num. 83. pag. 350. tienen lo contrario hablando del vino ya hecho, y purificado, segun se acostumbra vender, y se debe vender en las Tiendas: pues lo que los Compradores quieren mercar, y conciertan, es vino puro, y no vino aguado; y fuera de esto, si à quatro quartillos de vino, que vende Tarquino, le mezcla uno de agua, entonces vende mas vino del que dà, pues vende cinco quartillos, y los que dà solo son quatro, y así no se guarda igualdad entre lo que se dà, y se recibe, lo qual es de naturaleza del contrato de compra, y venta. Y aunque demos, que el vino aguado, como dicho es, sirva al uso de los hombres del mismo modo, que el que no lo està, con todo, no sirve para los mismos efectos, como lo enseña la experiencia, y este es otro fundamento no poco total, para no darle à Tarquino absolutamente su trato por licito, y justo, por mas que porfie en que su vino es generoso. Quien es el Mercader que no alaba con demasia sus generos? Y en estas partes de la America concurre por razon aun mas eficaz, que el vino blanco de Castilla, como pierde tanto de su intrinseca qualidad en la transportacion à otro clima, y tan diverso, es por lo comun mucho mas debil, que en la Europa, y con poca agua, que le mezclen, à poco se buelve vinagre, ô queda con virtud solo para causar daño, y no beneficio.

4 Solo parece se puede dár por licita la expressada mezcla rebajando el precio à proporcion en algunos dias de bullicio, en que la Plebe, especialmente la baxa, suele beber demasiado, para evitar borracheras, y el que de ellas se sigan pependencias, y otras perturbaciones, como vemos no pocas vezes, sin duda por la omision de los Juezes. O en caso, que el vino de Tarquino sea ciertamente generoso, y no halle otro modo, para lograr su justo precio, sino mezclandole una moderada porcion de agua, y reducirlo à la bondad, y al precio del vulgar, y comun; con tal, que los que lo compran, no lo merquen para re-

160

servarlo, sino para consumirlo luego. En estos terminos, parece esta doctrina conforme al Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 17. §. 6.* donde dice: *Si autem defectus rei non impedit totaliter usum ejus, nec reddit noxium, sed minus reddit rem utilem; si demat de pretio quantum importat ille defectus, celando defectum non peccat, dum tamen non dicat mendacium: nec tenetur manifestare vitium rei, si tunc nec justum pretium inveniret, vel etiam Emptorem. Potest enim adhuc talis res esse utilis ad plura, etsi non ad omnia, ad quæ valeret existens sine defectu.*

5 D. Luego los que venden Aguardiente, mesclado con igual, ò mayor parte de Chinguirito, y dicen, q̄ es legitimo de Castilla, y logran por él, el mismo precio, que por el de Castilla, proceden illicita, y injustamente.

M. Digo que sí; aunque la mezcla sea en menor cantidad, y están obligados á restituir. Y advierto aquí, que los que al vino, al aguardiente, al mescale, y otras bebidas les mezclan ingredientes para que tengan fortaleza, de lo qual resultan en los que lo beben enfermedades de estomago, cabeza, higado, y otras, no solo quedan obligados á restituir el exceso del precio, con que engañaron á los Compradores, sino tambien á resarcir los gastos, que se les figuen á los Enfermos en Medicos, Medicinas, &c. Así Reiffenstuel *in Sum. addit. tom.*

1. tr. 8. dist. 1. quæst. 2. num. 15, y lib. 3. Decret. tit. 17.

CASO 5.

Se trata de los que venden Mercancias contrahechas, y viciadas, y se examina como pueden proceder bien, y quando proceden mal.

1 D. **N**ono, Mercader con tienda, y botilleria, suele ser poco escrupuloso en vender paño Queretano por paño de Castilla, y vino bueno de la tierra, mesclado con el bueno de Castilla, compuesto con clavo, canela, ò otros ingredientes, ò sin ellos, por vino de Peralta, ò por el que llaman de Pedro Ximenez, ò Carlon, ò Tina, rebolviendo alguna porcion de estos. Se pregunta si la venta es valida, y licita.

M. Si

M. Si el paño Queretano, y el vino compuesto como dicho es, es igual en la bondad, ò casi igual, ò conducente al fin mismo, ò casi el mismo, para que los Compradores lo mercan, y Nono disminuye del precio el exceso, con que regularmente se estima mas el paño de Castilla, ò el vino de Peralta, &c. el dicho contrato es justo, y licito. La razon es, porque aunque el paño de Castilla (y lo mismo se ha de decir del vino) se distingue en su ser physico del paño de Queretaro, no se distingue en el ser moral, ò en la moral consideracion de los hombres, que es la que pone el precio á las cosas: y así disminuyendo del precio lo que prudentemente se estima ser de inferior condicion, y valor, el dicho trato es valido, y justo. Al modo que, los Boticarios, que no tienen el medicamento, que se les pide, pueden dar otro de igual virtud, y de igual utilidad, teniendo certeza de ello, minorando el precio con debida proporcion. Así Lugo *disp.* 26. *sess.* 8. *num.* 124. Tamburino *lib.* 8. *cap.* 7. *tr.* 3. §. 11. à *num.* 8. Antonio del Espiritu Santo *disp.* 17. *num.* 872. y otros, à quienes citan, y siguen los Salmaticenses *tr.* 14. *cap.* 2. de *Emp. pun.* 12. *num.* 174. y Giribaldo *tr.* 3. *cap.* 2. *dub.* 10. *num.* 4. y Sabino *tr.* 34. *num.* 68. *pag.* 347. Pero si siendo mayor el precio del paño de Castilla, que el del paño de Queretaro, y del vino de Peralta, ò de Pedro Gimenez, como ciertamente lo es, Nono vendiese su paño, y su vino al mismo precio, entonces procede injustamente, y peca, lo qual es claro, porque no vende á precio justo.

2 *D.* En el caso puesto Nono engaña à los Compradores: Luego peca, aunque minore el precio. Fuera de esto, los Compradores proceden con engaño en quanto à la substancia de lo que mercan: Luego el contrato es irrito.

M. Rigorosamente hablando no los engaña: pues suponemos, que les vende paño, y vino util al fin, para que lo mercan, aunque no tan util como pudieran ser; pero por lo mismo les minorra el precio. Y aunque los Compradores proceden con engaño en quanto à la substancia physica, no proceden con engaño en quanto à la substancia moral, y así el tra-

to es valido. Si yà no es, que alguno, ò algunos mercassen el vino, ò el paño, proediendo con engaño, que fuesse causa del Contrato, como si lo mercassen para hacer un regalo à alguna Persona noble, ò para otro fin semejante: pues en este caso, como lo que compraban era inutil para su fin, y el engaño era causa de que lo mercassen, el trato quedaba irritado, y nulo. Y es la razon, porque el dolo, ò engaño, que dà causa al contrato, quita el consentimiento, que necessariamente se requiere para su valor, como dice la Ley *In venditionibus ff. de Contr. vend.* y se colige tambien de la Ley 2. *ff. de peric. & com. rei vendita.*, y de la Ley 1. *& seq. ff. de adilitio edicto*, y otras. Todo lo qual tiene mucha mas fuerza, si quando los Compradores mercaron el paño, ó vino, le preguntaron à Nono, si el paño era de Castilla, ò si el vino era de Peralta, &c. y èl les dixo, que sí. Pues aunque sea verdad, que el que vende no està obligado à manifestar el vicio oculto de la mercancia, quando por èl no se hace nocivo su uso, ni queda inutil para el fin, para que los Compradores la mercan; ò quando por ella, sabido el defecto, no le han de dár el justo precio, con tal, que èl minore, ò disminuya el precio à proporcion, como comunmente dicen los Doctores con el Señor Santo Thomàs 2. 2. *quest. 73. art. 3. in corp* con todo, esto no es asì, quando el dolo, ò el engaño dà causa al contrato; pues entonces falta el consentimiento necessario para su valer.

3 Ni es asì, por la misma razon, quando los Compradores preguntan expressamente por el vicio de la mercancia, y el Mercader lo niega. Si yà no es, que fuesse vicio de tan poca consideracion, que aun conocido, no removiera à los Compradores de mercarla: ó que el vicio fuesse conocido, y manifesto, como enseña tambien el mismo Angelico Doctor en el citado lugar, segun atestigua Giribaldo *ubi sup. num. 94.* donde dice con Salas *ter comun.* Aun en el caso, que el vicio de la mercancia sea manifesto, y conocido, como si el Caballo, que se vende, es tuerto, ò coxo, y asì de otros, dice el citado Giribaldo *num. 95.* que si por las circunstancias se conoce, que el que

que lo compra tiene ignorancia invencible de su vicio, y defecto, ò bien porque es corto de vista, ò sea porque no tiene inteligencia del trato, que quiere hacer, està obligado en conciencia el que vende, y con obligacion de restituir, à manifestarlo; especialmente, si el fin, para que lo merca, se hace inutil, ò peligroso, ò nocivo, y cita por sí à Aragon, Salon, Toledo, Rodriguez, Pedro Navarra, Molina, y Layman, seguidos tambien de Castro Palao *tr.* 33 *disp.* 5. *pun.* 22. *num.* 7. Antonio del Espiritu Santo *disp.* 17. *num.* 873. y Rosignolo *Contr.* 2. *pr.enot.* 7. *num.* 10. De todo lo dicho se infiere por indubitable, y cierto, que los Mercaderes, que venden à los Pobres rusticos, y poco inteligentes en lo que mercan, Bretañas contrahechas por legitimas, sin disminuir del precio lo que corresponde, pecan mortalmente, y estàn obligados à restituir. Y lo mismo se ha de resolver, y decir, si venden Cacao podrido mezclado con bueno, Añil del País por Añil de Guathemala, y así de otras mercancías, que siendo bastardas, las venden al precio de las legitimas.

4 D. Y si aunque Nono dice, que su paño es de Castilla, y que su Botilleria es legitima, y segun demuestran los rotulos, ò que las Bretañas son finas, todos saben, y es publica voz, que el paño es Queretano, que los caldos no son legitimos, y que las Bretañas son contrahechas, venderá lícitamente?

M. Si es publica voz, y todos saben la cosa, digo que sí, con tal que rebaxe el precio, ò venda dentro de precio justo; pues como dicho es, este engaño no es substancial physico, sino substancial moral: y en el caso ni este hay; pues suponemos, que los Compradores bien saben, que el genero, que mercan, no es tan noble como Nono dice, y que si lo fuera, no lo diera, sino por mayor precio: y tiene su lugar aquella Regla, que es la 27. del 6. de los Decretales: *Scienti, & Consensient i non fit injuria, neque dolus.*

CASO 6.

Se examina, si procede bien el Mercader, que peza embueltas en papel las especies, que vende.

1 **D.** **E**Merano peza la pimienta, el clavo, la canela, y otros generos, con el papel, con que las embuelve, para entregarlos á los Compradores. Reflexiona al cabo de un año, ó de dos, que el papel, que ha expendido en la venta de dichas especies, passa de una Resma, y pregunta á un Confessor, si en lo de adelante podrá proseguir assi, y si está obligado á restituir algo?

M. Parece debe decirle el Confessor, que no prosiga vendiendo assi; pues con el hecho vende el papel al mismo precio de la pimienta, clavo, canela, &c. de lo qual, es preciso, que se siga, que vendiendo al cabo de un año, ó dos, algunas libras de papel, no se guarde la igualdad, y la justicia entre el precio, y la mercancia, y que por consecuencia está obligado á restituir. Verdad es, que Emerano no debe dár el papel de gracia á los Compradores; pero tambien es verdad, que no lo debe vender al mismo precio, que las especies nobles. Ni vale decir, que como es cosa tan poca lo que á cada Comprador se le defrauda, no hay injusticia en hacerlo: pues aunque sea cosa poca, respecto de cada uno de los Compradores, es materia grave respecto de la Comunidad, ó del Comercio. Assi Sabino *tr. 34. num. 85. pag. 350.*

2 No he podido encontrar este caso en otro Author, y me parece procederá bien el Confessor diciendole á Emerano, que en lo de adelante, ó pese las especies sin el papel, con que las embuelve, ó que añada al peso aquella corta porcion de especies, que á juicio de Varon prudente puede pesar el papel, de modo, que tampoco el papel se consume á costa de Emerano, si al cabo del año fuere como fuere, como suponemos, notable. Y aun me parece, que si en el País huviere costumbre de que los Mercaderes vendan las dichas, ó semejantes especies embueltas en papel, y este no se procura de industria, que sea gordo, para que pese mas, sino comun, y ordinario, no procede

de

de mal Emerano: pues en la suposición de ser costumbre, quando los Compradores vãn à mercar dichas especies, ya saben, que el precio, que dãn por ellas, es por la cantidad, que conciertan pesada dentro del papel.

VIGILIA 4.

Se proponen casos muy comunes, y casi diarios, entre Amos, y Sirvientes, especialmente en materia de Obrajes.

CASO 1.

Se examina el comun trato de los Dueños de Obraje con sus Sirvientes, y si les pagan bien dandoles paño à precio excessivo por su servicio.

I D. **R**oflero tiene como doscientos Sirvientes voluntarios para la manipulacion de su Obraje, unos que hilan, otros que cardan, otros que texen, otros que ayudan à texer, y assi de los demás; y se conviene con ellos, que les pagará à dos reales por tarea à los que hilan, y cardan, y que por texer un paño, dará al Texedor tres pesos, y al Ayudante doze reales, y assi de otros: pero que no ha de ser toda la paga en dinero efectivo, sino quatro reales cada semana en dinero, y lo restante en paño, à razon de doze, ò catorze reales por vara. Este es el concierto, que Roslero tiene hecho, y practica con sus Sirvientes, conociendo, y sabiendo, que luego que les dà el paño, vãn à venderlo à la plaza, ò à otra parte, por ocho, ò por nueve reales la vara, para conseguir el dinero, que necessitan para sus precisiones. Se pregunta, si este trato es licito, y justo?

M. Este trato es muy comun entre los Dueños de los Obrajes, y sus Sirvientes, aunque con la diferencia, que unos les dãn el paño contrandolo à doze reales, y otros, siendo el paño de la misma calidad, lo cargan à razon de catorze reales, y de ello nace à mi vèr, el que no pocos hombres doctos dén este trato por illicito, y injusto, y el que otros escrupulizen con bastante fundamento en su licitud, y justicia: pues de la misma discordancia de proceder en el convenio, se arguye suficientemente, que el trato no se funda en costumbre, que es otra

circunstancia, que hace ardua la dificultad por todas partes. Para cuya resolución,

2. Advierto lo primero á favor de los Amos, que todos, ó los mas de los Sirvientes, no entran en el Obraje á servirles, sin que el Amo les dé adelantados los quinze, veinte, ó mas pesos; y al mismo tiempo, hace el Amo obligacion de darles á cuenta de sus salarios, lo que se les ofiesca para Fiestas, Bautismos, Casamientos, enfermedades, y otras urgencias: con cuya efectiva contribucion, suele suceder, que á vezes tienen dispersados, y detenidos entre ellos, tres, quatro, cinco, y seis mil pesos, de los quales, aunque no se verifique daño emergente, les cessa ciertamente el lucro, y aunque los Sirvientes reciprocamente sean fiadores unos de otros, puede se verifique peligro de perder parte del dicho principal, si atendèmos así á la condicion de estas gentes, como á los revezes de la fortuna, que puede experimentar el Amo, si le faltan las facultades, para que cesse, ó se menoscabe la corriente del Obraje, como mas de una vez lo ha enseñado la experiencia. Fuera de que, el adelantarles la paga en parte, como dicho es, es tambien mercar su trabajo, y servicio adelantando parte de la paga; y es preciso tenerlo presente aqui, segun lo que queda resuelto en la Vigilia 2. Caso 6.

3. Advierto lo segundo á favor tambien de los Amos, que como los Sirvientes de Obraje, atendida su condicion, y su calidad, suelen ser en gran numero de pocas obligaciones, y de dudosa, ó ninguna fidelidad, y de conocida desidia, es necesario, que en el Obraje haya Portero, Capitan, Sobrestante, y Mayordomo, ó Administrador, que cuiden, que no los roben, y de que trabajen como deben; cuyos salarios pudieran escusar, y ahorrar los Amos, si las circunstancias de los Sirvientes permitieran trato fiel, llano, y sencillo. Siendo tambien digno de reflexion, que no pocos de estos Sirvientes ruegan al Amo, que les dé conveniencia en el Obraje; lo qual es argumento, de q̄ no hallan donde servir con mas comodidad; y así su servicio tiene no poca semejanza con las mercaderias, que por falta

falta de Compradores, y quando se ruega con ellas, valen menos, y se estiman en menos, como notan comunmente los Doctores; y à nuestro intento lo observa Villalobos *in Sum tom. 2. tr. 25. dif. 13. num. 6.* citando à Soto, y Rebello, y los sigue Diana *en su Obra Coord. tom 6. tr. 3. ref. 176. pag. 169.*

4 Advierto lo tercero à favor de los Sirvientes, que aunque el Amo no hace agravio alguno al Sirviente, que por su comodidad, por su gusto, ô por otro fin honesto, libre, y espontaneamente se ofrece à servirle por menor salario, que el justo, ô solo por la comida, y vestido, si en este caso no le dà mas de lo concertado, conformandose con aquella maxima: *Unusquisque suorum bonorum est distributor, & arbiter*, porque en este caso se presume, ô se puede presumir prudentemente, que el Sirviente cede graciosamente de su derecho: con todo, esto no es así, quando el Sirviente se conviniere así con el Amo, impelido de su necesidad, por no hallar otro arbitrio para mantenerse, y mantener sus obligaciones. En cuyo caso, si la necesidad del Sirviente fuere grave, como comunmente lo es en estas gentes, y por otra parte trabaja como debe, ô como por lo comun trabajan los de su oficio, debe el Amo darle por equidad el salario medio, y por justicia el infimo justo, que merece por su trabajo, aunque se haya concertado con él por menos: pues el pacto, y convenio, que no es justo, es contra leyes, y buenas costumbres, como queda dicho en esta 2. parte, Vigilia 2. Caso 5. num. 4. y 5.

5 Advierto lo quarto à favor tambien de los Sirvientes, que el salario justo, que se les debe por su trabajo, es aquel, que por el mismo trabajo, y servicio, se dà comunmente en el Lugar, ô País, à otros sirvientes. La razon es, porque en aquellas cosas, en que no hay precio tassado, el precio se ha de medir, y tassar por la estimacion comun de los hombres inteligentes, practicos, y timoratos, segun à nuestro intento enseña Bonacina *disp. 3. de Contract. quest. 7. pun. 4. num. 9.* Lugo de Just. *disp. 29. seff. 3.* y los sigue Giribaldo *tom. 1. tr. 9. cap. 2. dub. 3. num. 29.* O sino diremos, que quando hay otros muchos Sirvientes,

tes, que quieren servir por el mismo salario, el tal salario es justo. Es regla del mismo Giubaldo *tom. 3. tr. 3. cap. 7. dub. §. num. 54.* y cita á Molina, Lugo, Bonacina, y Rosignolo.

6 Advierto lo quinto á favor de los Amos, y Sirvientes, que el salario justo debido por el servicio puede ser supremo, medio, y infimo, segun se dixo hablando de los precios de las cosas en la Vigilia 1. de esta 2. parte Caso 3. Pues lo mismo viene á ser poner precio al trabajo de un Sirviente, que á una mercaderia, que se compra, ó vende, y así corre la misma paridad, como notan comunmente los Doctores. Esto supuesto.

7 Digo lo primero. Si el precio justo supremo del paño, atendida su calidad, fuere doze, ó catorze reales, es licito el trato, que Roslero tiene hecho con sus Sirvientes, aunq̄ sepa, q̄ ellos lo han de vender luego perdiendo en él la quarta parte, ó mas del precio, á que Roslero se los carga, ó cuenta por su salario, y servicio. Esta resolucion me parece fundada; pues Roslero en este caso dá á los Sirvientes el paño dentro de los limites de precio justo, lo qual es licito. Y tiene á su favor al Señor S. Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. c. 17. §. 8.* donde dice: *Sed si à principio operis pactum fuit in solvendo sibi de labore suo certo pretio in rebus, puta, panni, victualium, & partim in pecunia; tunc si illas res, quas sibi dat pro parte solutionis secundum conventionem, vendit justo pretio secundum quod alijs vendit, quamvis ipse non indigens eis revendendo multum perdat, quia quod sibi datum fuit pro viginti solidis, non potest vendere nisi pro quindecim, vel minus, in nullo committit fraudem Conductor, quia scienti, & consentienti non fit injuria, neque dolus.* Y de lo dicho infero, que los dueños de Obraje, que en esta Ciudad de Queretato, ó fuera de ella, se convienen con los Sirvientes en que les darán quatro reales en dinero cada semana, y lo demás, que restare para integrar su salario, en paño á razon de doze reales por vara, proceden licitamente, y que este es trato tolerable, aunque sepan, que ellos lo revenden luego en la Plaza, y por las casas, á nueve reales, ó menos.

8 La dificultad mayor, que ocurre sobre el caso es, si podrán

dràn los Dueños de Obraje concertarse licitamente con dichos Sirvientes, en que les daràn el paño à catorze reales, siendo su p̄cio justo supremo solo doze, y sabiendo, que luego lo han de vender por ocho, ô nueve, á lo mas. Algunos Dueños de Obraje lo hacen así, y dicen, que lo tienen bien consultado. En esta atencion.

9 Digo lo segundo, y respondo con distincion à la precedente duda. O el Dueño del Obraje ha concertado expressamente con los Sirvientes, que les pagará la dicha parte de su salario con paño à razon de catorze reales por vara, ô solo ha concertado, que les pagará con paño? Si el concierto es, que les pagará con paño, sin hacer otra expresion; buelvo à distinguir. O los Sirvientes saben, que el precio, à que su Amo cuenta el paño à los que le sirven, es à catorze reales, siendo solo doze su precio justo supremo, ô no lo saben? Si no lo saben, ni el Amo, ô Dueño del Obraje lo previene así desde el principio, ciertamente procede mal, y con obligacion de restituirles los dos reales por vara, que les carga sobre el precio supremo del paño. Es clara la razon: porque la igualdad de la justicia, y ley de la charidad, piden, que la cosa se venda, y se merque dentro de precio justo. Y así como el Sirviente no pudiera justa, y licitamente recibir el paño à menos de precio infimo, tampoco puede el Amo cargarlo al Sirviente justa, y licitamente, à mas del precio supremo. Si lo saben, ô el Amo lo expresa así desde el principio del trato, en tal caso, buelvo à distinguir, y pregunto. O pagandoles el Amo la parte del salario en paño à razon de catorze reales por vara, valiendo solo doze à lo mas, les dà lo que les debe dár por salario justo infimo, ô no llega à darles el justo salario infimo? Si dandoles el paño à catorze reales, aunque ellos lo revendan à ocho, ô nueve, les dá el justo salario infimo, puede tolerarse su trato, y darse por licito. La razon es, porque en tal caso, el Amo paga el salario à los Sirvientes dentro de los limites de precio justo, aunque infimo. Y el trato de pagarles la tarea à dos reales, segun queda figurado, es lo mismo, que si se con-

170

certara con ellos, que por cada seis tareas, que es lo que suelen trabajar en una semana, les dará quatro reales en plata, y ocho en paño, que vendido por ellos por cinco reales, viene à reducirse todo el trato à darles nueve reales por seis tareas.

10 Pero si dandoles el paño à razon de catorze reales, no llega lo que les dà al justo salario infimo debido por su servicio, en tal caso, el concierto es injusto, y el trato es illicito, y debe el Amo restituirles por su trabajo lo que prudentemente se juzgue, que falta, para que el salario quede dentro de los limites de justo, aunque sea el infimo. La razon es, porque el Amo debe dàr à los Sirvientes, à lo menos, el justo salario infimo, segun queda dicho en la advertencia 3. y es tambien doctrina del Señor San Antonino de Florencia en el citado lugar, donde dice assi: *Nota tamen, quod si ex hoc non accipit Textor debitum lucrum de labore suo secundum communem estimationem, sed diminutum; putatur autem debitum lucrum illud, in quo conveniunt in pecunia, puta decem florenos; sed quia pauper est, & oportet eum accipere etiam multo minus, ut se, & familiam sustentet: tunc utique Setariolus sibi teneretur dare supplementum usque ad decem, vel circa, si dat sibi pannum, quem non vendit nisi sex: quia sicut dignus est operarius mercede sua ex debito justitiæ, ita & convenienti mercede; alias esset contra equalitatem justitiæ: sicut in contractu emptionis, & venditionis est injustitia, & peccatum, cum res emitur minus justo pretio ex necessitate venditoris. Sed si quantitas sex florenorum reputatur congrua merces sui laboris, videtur posse illud, etsi turpiter inventum, admitti. Verum, quia talia communiter inventa sunt ad decipiendum, & opprimendum pauperes: ideo inducendi sunt Setarioli, & Ritagliatores, quod abstineant à talibus: & ex factis hujusmodi fraudibus satisfaciant leffis; vel pauperibus erogent, si non gravaverunt notabiliter Textores.*

11 De todo lo qual tengo como por cierto, que dando Roslero à sus Sirvientes à razon de catorze reales el paño, cuyo precio supremo no passa de doze, y se vén obligados à venderlo por ocho, ó nueve, y à vezes por siete, procede con conocida injusticia; pues es difícil de entender, que siendo assi,

-dê

dè à sus Sirvientes el justo salario infimo, debido por su servicio Sea verdad, que Roslero les tiene adelantada parte de la paga, y les dà lo que necesitan para Fiestas, Bautismos, Casamientos; y enfermedades. Sea verdad tambien, que Roslero paga algunos salarios, que pudiera escusar si ellos fueran mas fieles, y que los mas de ellos van à buscar à Roslero, rogandole, que les dé conveniencia en su Obraje. Pero tambien es verdad, que por ello tiene Roslero, assegurada la venta de tantos miles de varas de paño à precio supremo, quantas les dà à cuenta de sus salarios. Y no serà suficiente este lucro para compensar los expuestos gravamenos?

12 D. Es probable opinion, que el Amo no debe pagar à los Sirvientes mas de aquello, con q̄ con su libertad se concertò con ellos, aunque no llegue el salario concertado al precio infimo, que merece el servicio. Así lo dice Juan Valero *in differentijs utriusque fori V Locatio dif. 8. num. 1.* y lo sigue Diana *Coord. tom. 6. tr. 3. resol. 176. num. 2. pag. 169.* y por tal la tiene el Ilmo. Señor Montenegro en su *Itinerario lib. 2. tr. ult. ses. 2. pag. 334.* Y es la razon, porque en la suposicion de que ellos así se concertaron con el Amo libremente, este no les hace agravio alguno, segun aquella Regla del Derecho: *Scienti, & consentienti nulla fit injuria, neque dolus.* Luego bien podrá Roslero pagar à sus Sirvientes con paño à razon de catorze reales por vara, aunque su precio supremo solo sean doze, si ellos así se concertaron, libre, y espontaneamente con Roslero.

M. El Señor Montenegro dà la dicha opinion por probable, quando los Indios, que trabajan en el Obraje, se concertan con los Amos por menor precio del que vale su servicio, por su comodidad, ò por su gusto, y aun en medio de esto, se inclina à la opinion contraria, como mas piadosa. Pero quando los Sirvientes del Obraje (y lo mismo digo de los demás) entran en el partido de servir instados de su miseria, y necesidad, estamos en caso muy distinto. En el primer caso prudentemente se puede presumir, y se presume, que los Sirvientes ceden de su derecho en quanto al exceso del estipendio, que merece su trabajo, y por lo mismo se hace verosimil su lici-

172

tud. Pero quando sirven, y trabajan por su necesidad, y miseria, cessa la dicha presumpcion. Y es la razon, porque aunque en este caso se avengan à servir por menor precio voluntariamente *simpliciter*, sirven tambien involuntariamente *secundum quid*, y por lo mismo no se puede presumir prudentemente, que tienen animo de perdonar el exceso del precio, que merece su servicio, como nota bien Sabino *tr. 31. num. 48. pag. 287.* Ni la doctrina de Juan Valero, que sigue Diana, es del todo contraria à lo dicho, como se puede vér en la citada *resol. 176. n. 2.* Y sino dirè, que la referida opinion solo se puede tener por probable quando el Amo tuviere otros muchos Sirvientes, que libremente, sin engaño, y sin fuerza alguna, se ofreciessen à servirle por el tal salario, que se reputa por menor del infimo justo, ò en el caso, que uno, ò otro Sirviente se ofrecièsse à servir por menor salario del justo infimo, y el Amo lo admitiesse por piedad sin tener necesidad de èl, como con Viva, los Salmaticenses, y otros, dice Ligorio *lib. 3. c. 1. dub. 1. n. 522. pag. 160.* Lo qual es muy distinto de lo que los Dueños de los Obrajes practican; pues à mas de q̄ ellos tambien necesitan de Sirvientes para el corriente del Obraje, el trato, que tienen con los Sirvientes, es comun, y sin distincion.

CASO 2.

Se resuelve, que procede mal el Dueño de Obraje, que dà en paño toda la cantidad, que los Sirvientes tienen concertado entre si, se dà à los Parientes para su entierro, quando muere uno de ellos.

I D. **L**Os Sirvientes del Obraje de Roslero tienen hecho entre sí convenio, que por cada uno de ellos que muera, ha de dár cada uno de los otros un real à los Parientes del muerto, para su entierro, que siendo, como suponemos, doscientos, suma la cantidad 25. pesos. Acuden à Roslero quando muere alguno, para que les dé lo que ellos han concertado entre si para el efecto de sus entierros, y Roslero dà à los Parientes del difunto paño al precio, que concertò con los Sirvientes por su salario, para que lo vendan, y paguen con el dinero el entierro. Se pregunta, si procede licita, y justamente? **M.**

M. Supongo, que este convenio es solo de los Sirvientes entre ellos mismos, sin mas intervencion de Roslero, que el haverse concertado con ellos, que les dará lo necesario para Entierros, Cafamientos, &c. à cuenta de su salario: porque si desde el principio huvieren concertado los Sirvientes con Roslero, que les havia de dar tantos pesos en plata para su entierro, à cuenta de los salarios de su servicio, en tal caso, debe darles pesos, y no paño para que lo vendan, segun la *Regla 85.* de los Decretales *in 6. Contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur.* Esto supuesto.

2 Digo, que Roslero procede en dicha practica illicitamente, y con injusticia. Es claro: porque Roslero debe dar à cada uno de los Sirvientes, segun su convenio, quatro reales en plata, y lo restante en paño: *atqui* dando todos los 25. pesos en paño à los Parientes del muerto, para que lo vendan, y con el dinero lo entierren, no procede ajustado à su concierto: luego su practica es illicita, y injusta. Esto es innegable: y supongamos, que Roslero dà el paño à los Sirvientes à doze reales, porque es mas temeroso, y piadoso, que otros Amos, que dàn à los suyos el de la misma calidad, à catorze. En esta suposicion, para que un Sirviente gane el importe de diez y seis varas y media de paño, que vienen à ser los 25. pesos, han de passar diez y seis semanas y media de trabajo, ganando en cada una de ella doze reales por seis tareas. Por estas diez y seis semanas y media, Roslero debe dar à cada uno de los Sirvientes ocho pesos y dos reales en plata, segun su convenio. Luego dando à los Parientes del muerto todos los 25. pesos en paño, que vendido por ellos, vendrán à sacar catorze, ò quinze, no procede Roslero con licitud, y justicia. A los ojos se viene, que Roslero en este caso debe dar, atento su concierto, à los Parientes del difunto, ocho pesos y dos reales en plata, y algo mas de diez varas de paño, que à razon de doze reales por vara completan los 25. pesos en el modo, que tiene concertado de pagar à los Sirvientes.

CASO 3.

Se resuelve, si es licito, y como, à los Dueños de Obraje mercar por menor precio el paño, que dan à sus Sirvientes por precio supremo.

R. D. Después que Roslero, segun los casos referidos, entregó diez varas de paño à los Parientes del muerto, ò à otro Sirviente, les dice, que supuesto, que han de buscar quien lo merque por menos, si quieren ahorrar los passos, èl lo mercará à nueve reales, y les dará luego el dinero; y assi lo hace. Es licito este trato?

M. Respondo, que es licito, segun lo que queda resuelto en esta 2. parte Vigilia 3. Caso 1. pues Roslero no es de peor condicion, que qualquiera otro, que lo mercara à nueve reales, y à menos. Y aun me parece, que si desde el principio dixesse Roslero à los Sirvientes, que aunque les pagaba con paño porcion de su Salario à precio supremo, èl estava aparejado para mercarles el paño, que correspondiesse à cada uno, à precio infimo, no intervendria en este caso retroventa illicita; con tal, que no interviniessse pacto obligatorio de que los Sirvientes se lo vendiesse à èl à precio infimo. La razon es, porque en el dicho caso, siempre procede Roslero en su trato, dentro de la latitud del precio justo, y assi puede sencillamente proponer la dicha compra como licita à qualquiera. Veanse los Casuistas de N. S. P. Benedicto XIV. año 1744. mes de Agosto Caso 3. donde citan à Lugo disp 16. de just. num. 208. y à Viva sup prop. 40. damnata ab Innocentio XI. y dicen por la misma razon, que el Mercader, que conoce la necesidad de Cayo para mercar una mercaderia al fiado à precio supremo, y bolverla à vender por el dinero à precio infimo, licitamente se la puede vender à precio supremo, y decirle, que si necesita de dinero, èl està aparejado para mercarsela por menor precio. Bien, que advierten muy al intento, que en la practica esto es peligroso, y que deben los Mercaderes abstenerse de tales propuestas, segun queda tambien prevenido tratando semejante especie en la citada Vigilia 3. Caso 1. num. 6.

CASO 4.

Se resuelve, que el Dueño de Obraje debe pagar à los Sirvientes el trabajo, à que los compele, independiente de las tareas: y que los que no trabajan como deben, quedan obligados à restituir: y si es licito el compensarse de los Amos, que no les pagan justamente.

I D. **R** Oboldo Confessor vâ à confessar à los Sirvientes de un Obraje, para que cumplan con la Iglesia, y halla, que unos se quejan del Amo, porque los obliga à que trabajen en varear lana, acarrear agua, barrer, y otras ocupaciones, que no pertenecen à las tareas concertadas, sin q̄ por el dicho trabajo les de estipendio alguno. Halla tambien, que otros trabajan mal, pongo por caso, hilando el hilo gordo, debiendo hilarlo delgado. Y halla por fin, que otros, persuadidos à que el Amo no les dà el justo salario, por haberse concertado por menos, se compensan ocultamente. Pregunta: como se ha de portar con estos Sirvientes?

M. En quanto à lo 1, digo, que el Amo està obligado en conciencia à pagar à los Sirvientes todo lo que les hace trabajar independiente de las tareas concertadas, y mucho mas, si los obliga, y hace fuerza para ello, si el trabajo es considerable. Y es la razon, porque el tal trabajo es precio estimable: y fuera de esto, la paga se ha de ajustar al concierto: luego no siendo el concierto, que los Sirvientes hagan los dichos servicios, debe el Amo pagarlos. Si yâ no es, que fuere alguna ocupacion leve, y de poca entidad, que se presume la pueden hacer de buena gana; ò que el Amo la recompensa por otro medio. Y lo mismo se ha de decir, por la misma razon, quando el Amo los obliga à que hagan el trabajo de las tareas mejor del que concertaron: como si el concierto fue, que el hilo fuesse gordo, y él los obliga à que sea delgado, sin dárles para ello mas salario. Vease el Señor Montenegro lib. 2. tr. ult. sess. 1.ª per tot. à pag. 333. y es comun, y muy conforme al cap. 20. de San Mateo, donde se dice, que el Dueño de la Viña mandó à su Procurador, que al fin del dia pagasse à los Operarios, segun su convenio: *Voca Operarios, & redde illis mercedem secundum conventionem factam.*

176

2 La dificultad mayor, que en esto puede ocurrir, es, si el Amo está obligado á pagar el dicho trabajo, quando es costumbre el que los Sirvientes lo hagan, y ellos lo saben, y con este conocimiento, se conciertan à servir. Y siendo así, créo puede tolerarse; no obstante que parece costumbre torpe: y hace, en este supuesto, á favor del Amo, que en aquellas partes donde es costumbre dár á los hiladores en cada libra de doze onzas de lana una onza mas, y computar lo hilado à treze onzas por libra, puede esto tolerarse, aunque parezca costumbre torpe, segun dice el Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 17. §. 5.* donde dice: *Nota tamen, quod ubi est de more patriæ, quod qui dat lanam, vel linum ad nendum, seu filandum, accipiat, & computet filatum ad rationem tredecim unciarum pro libra, quando hoc scit, qui laborabat illam filando, si non solvitur sibi de tredecim uncijs nisi pro una libra, non propriè est ibi fraus: quia non decipitur, cum sciat sic sibi debere solvi, & sic intelligi pactum cum à principio sibi datur opus: scienti enim, & consentienti non fit injuria, neque dolus. de Reg. jur. lib. 6. quamvis turpis videatur mos.* Lo que no se debe, ni puede tolerar es, que à los Sirvientes, que hilan, les dèn la lana humeda, y pesando menos despues de hilada, ó les hacen pagar lo que falta, ò les rebaxan del salario su importe: porque esto es fraude conocido.

3 En quanto à lo 2. es cierto, que los Sirvientes deben trabajar bien, segun uso, y costumbre, y segun se convinieron con el Amo; y así los Tundidores, Hiladores, Texedores, &c. que no trabajan como deben, no solo pecan mortalmente, si su defecto fuere notable, sino que quedan obligados à restituir, à proporcion de su culpa. Es comun, y consta del §. 1. *Instit. de obligat.* donde se dice: *Pactum est juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, secundum nostræ Civitatis jura.* Bien, que si la omisión, ò defecto de los Sirvientes, quedasse suficientemente compensado con el trabajo supernumerario, y independiente de las tareas, que el Amo les manda hacer sin estipendio, créo pueden escusarse de la dicha restitucion; donde no constasse clatamente, que el
Amo

Amo los obliga à dicho trabajo por costumbre razonable, y legitimamente introducida.

4 En quanto à lo 3. respondo con distincion. O los Sirvientes compensandose ocultamente del Amo, proceden con conocimiento cierto, y evidente, de que el Amo no les paga su salario justo, ò solo proceden con duda? Si proceden con el dicho conocimiento, licitamente pueden compensarse ocultamente, guardando las demàs leyes de la justa compensacion, q̄ son las siguientes: La 1. que la deuda sea cierta, como dicho es. La 2. que no se pueda recuperar por otro medio, sin gastos, ò notable molestia, ò perdida de favor, ò de benevolencia, ò de honra. La 3. que no se haga de bienes ajenos, sino de propios del Deudor. La 4. que la compensacion no exceda la deuda. La 5. que no haya peligro de escandalo, ò de que la compensacion se atribuya à otro, como hurto. La 6. que no haya peligro de infamia, ò de que el que se compensa sea prendido, y castigado como ladron en el fuero externo. Tratan latamente de esta materia el Beato Clavasio en la Summa Angelica V. *Furtum num. 40.* la Summa Silvestrina V. *Furtum num. 17.* Reiffenstuel in *Sum. tr. 9. dist. 5. quest. 6. à num. 117.* Sporet tom. 2. tr. 5. cap. 5. *sess. 3. à num. 70.* Bonacina tom. 2. *disp. 1. de Restit. quest. ult. pun. 2. à num. 10.* Lelsio lib. 2. cap. 12. *num. 57.* y otros muchos, que alegan Sabino tr. 31. *à num. 43.* Giribaldo tom. 3. tr. 2. cap. 6. *dub. 4. per tot.* y Ligorio lib. 3. tr. 5. cap. 1. *dub. 1. num. 522.*

5 Pero si los Sirvientes compensandose ocultamente del Amo, procedieron con duda, en tal caso, respondo otra vez con distincion: O las razones, que tienen, para persuadirse à q̄ el Amo no les paga el salario justo, son menos robustas, que las que tienen para persuadirse à que su salario es justo, ò no lo son? Si son menos, ò igualmente robustas, proceden illicita, y injustamente, y están obligados à restituir; porque en tal caso, proceden à la compensacion con duda: y en las dudas es mejor la condicion del Possedor: y hace à este intento la prop. 37. condenada por Innocencio XI. que queda referi-

da en esta 2. Part. Vigilia 2. Caso 5. num. 5. Si las razones, que tienen para compensarse son mas robustas à su favor, que à favor del Amo, entonces buelvo à distinguir: O la duda es de hecho, dudando, si alguna cosa de las que el Amo posee, es suya, ô es de derecho, dudando, si atendidas las leyes, ò costumbre legitima, les es licito, ó no el compensarse. Si la duda es de hecho, no pueden compensarse licitamente, y estàn obligados à restituir, por lo mismo, que antes dixè: porque en las dudas es mejor la condicion del Posseedor. Si la duda es de derecho, entonces es question muy reñida, y dificil de resolver. Sanchez, Palao, y Tamburino, à quienes sigue Antonio del Espiritu Santo *disp. 9. num. 403.* Bofsio *Var. Moral. part. 1. tir. 1. num. 1026.* donde trata difussamente esta materia, y Giraldo *tom. 3. tr. 2. cap. 6. dub. 4. num. 24.* dicen, que en duda de derecho, tampoco es licita la oculta compensacion, ni con igual, ni con mayor probabilidad. Y es la razon, porque por deuda incierta, no se debe dàr paga cierta. Y fuera de esto, ninguno debe ser despojado de lo que justamente posee, si no consta ciertamente del derecho contrario; cuya certeza no hay en caso de probabilidad, aunque sea mayor: pues el derecho de possession es cierto; y assi no se puede vencer sino por otro derecho cierto, y no por derecho probable, aunque sea mas probable.

6 Con todo el M. Juan Martinez de Prado *tom. 2. Theol. Moral. cap. 22. quest. 3. §. 3. num. 19.* y otros, à quienes citan, y siguen los Salmaticenses *tom. 3. tr. 13. de Restit. cap. 1. pun. 19. §. 3. num. 324.* dicen, que quando interviene mayor probabilidad de derecho de parte del Acreedor, licitamente se puede hacer la oculta compensacion. La razon de esta opinion es, porque para que la oculta compensacion sea licita, basta que la deuda sea cierta moralmente, y con modo humano; cuya certeza bien puede haverla, quando al Acreedor le asisten razones mas probables por su parte, que las que favorecen al Deudor, y Posseedor. Y al comun proverbio, que dice, que en las dudas es mejor la condicion del Posseedor, responden ser

179.

verdadero en caso de duda negativa, ó de menor, ó igual probabilidad; pero no quando el que positivamente duda, tiene à su favor mejores razones, y mayor probabilidad; pues en este caso, tiene tambien certeza moral proxima, y practica, y assi el derecho cierto de possession caduca por otro derecho cierto.

7 Ni vale decir, añaden los Autores de esta sentencia, que de esto se seguiria guerra justa entre dos partes; pues por una parte, el que se compensa ocultamente, justamente se compensa, quando el Deudor no quiere pagarle la deuda, que justamente le pide; pues se la pide con opinion mas probable de que se la debe pagar. Por otra parte el Posseedor, ó Déudor, justamente la niega; pues la niega con opinion probable, corroborada con el derecho cierto de possession; y por lo mismo, justamente le impide al Acreedor la oculta compensacion: luego por las dos partes hay guerra justa, lo qual es inconveniente. Mas á esto se responde, que quando la verdad se ignora, bien puede haver guerra justa entre dos partes. En esta atencion, al Prelado le basta la probabilidad para mandarle al Subdito justamente; y con todo puede el Subdito justamente no obedecer, si tiene mayor probabilidad, de que no debe obedecerle, como enseñan Sanchez *in Decal. lib. 6. cap. 3. num. 7.* Sayro *in Clavi Reg. lib. 1. cap. 12 num. 6.* Pedro Navarra *lib. 3. de Restit. part. 3. dub. 13. num. 23.* Palao *tom. 1. de Consc. opin. disp. 2. pun. 6. num. 1.* alegados de los Salmaticenses *num. 327.* Este modo de opinar no carece de fundamento; pero yo me inclino à la primera opinion, como mas conforme à lo que queda resuelto en la 1. part. Vigilia 11. num. 9. y fuera de los Autores, que alli cito, se puede ver tambien Holzman *tom. 1. de Conscient. disp. 3. cap. 3. Caso 5. num. 187.*

CASO 5.

Se resuelve, que los vendidos en los Obrajes por sus delitos por la Justicia, se deben poner en libertad, cumplido el tiempo determinado por el

180

fuez, aunque por alguna causa no culpable no hayan trabajado en mucho tiempo.

I D. **E**Uphrosino es vendido por diez años en un Obraje con precio de doscientos pesos, mas, ò menos, con cuya sentencia, le commuta la Rl. Sala del Crimen la de ir por otro tanto tiempo à un Presidio, por sus delitos. Cumplidos los diez años sirviendo en el Obraje à Epiphanio su dueño, pide à este la libertad; pero Epiphanio no se la concede, alegando, que debe trabajar para cumplir el tiempo, los dias en que no ha trabajado, unos por no haver lana, otros por ser dias festivos, y otros porque ha estado enfermo. Se pregunta, si procede bien Epiphanio con Euphrosino.

M. Respondo à este caso muy comun, que Epiphanio procede iniquamente pretendiendo, q̄ Euphrosino reemplaze cumplidos ya los diez años, por los quales fue vendido, los dias, que no trabajò por no haver lana; y q̄ procede injustamente, y contra Derecho, queriendo que reemplaze los dias de fiesta, y los dias, que estuvo enfermo. La razon de lo primero es, porque el que no huviesse lana en el Obraje para trabajar, à sí proprio se lo debe imputar Epiphanio, y no à Euphrosino, ni à otro Sirviente forzado. ò voluntario. Y tiene su lugar aqui la Regla 66. del 6. de los Decretales, que dice: *Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet per inde ac si imp'eta fuisset.*

2 La razon de lo segundo es, porque Euphrosino, en el caso, se debe reputar por Esclavo, segun el Capitulo: *Ita quorundam 6. tit. de Judæis*, y lo prueban los Salmaticenses tom. 5. tr. 24. cap univ pun. 7. num. 111. y consta tambien, ò se deduce de la Ley: *Cum hic status Cod. de don. inter vir. & uxor. §. si donatorum*: ni Euphrosino, aunque no fuera Esclavo, en el caso, debe ser de peor calidad, y condicion, que los Esclavos. Atqui al Esclavo, que lo es por diez años, ò por tiempo determinado, cumplido este, se le debe dâr la libertad, sin que se le pueda prolongar la esclavitud hasta que cumpla los dias de fiesta, que han passado, y el tiempo, que ha estado enfermo: luego
Epi-

Epiphanio procede en el caso injustamente, y contra Derecho. La menor consta de la Ley: *Cum Heres 4. ff. de statu liberis §. Sthicus*, donde se dice: *Quarendum est annus quomodo accipi debeat: an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet, an quibuslibet ::: Sed si quibusdam diebus, aut valetudo, aut alia justa causa impedimento fuerit quominus seruiat: Et hi anno imputandi sunt. Servire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus egros, qui cupientes servire propter adversam valetudinem impediuntur.* Solo en el caso, que Euphrosino se huyera, ô que litigasse â Epiphanio la libertad, y no trabajasse por esta causa, debia despues reemplazar el tiempo, que anduvo huïdo, ò no trabajò por pleytear la libertad contra el Amo: y consta de la misma Ley â rēglon casi seguido, donde dice: *Illud tempus, quo in fuga sit, vel in controversia pro libertate non procedere.* Y advierte alli la Glosa, que esto se debe entender quando Euphrosino moviera el pleyto contra Epiphanio; y no en el caso, que otro lo fucitara, sin dolo alguno de Euphrosino: *Non si ei ab alio fiat controversia sine dolo Servi.*

3 Ni vale decir, que el Amo no está obligado â pagar el salario al Criado enfermo por los dias en que no trabaja: y que Euphrosino, en el caso, se debe reputar como Criado de Epiphanio; pues lo venden para que trabaje en el Obraje por diez años, y obligan â Epiphanio â que dè por él, aun antes, que comienze â servirle, los doscientos, ô mas pesos: luego podrá Epiphanio obligarlo â que reemplaze, quando no los dias, en que no trabajò por no haver lana, ô por ser festivos, á lo menos los dias, en que no trabajò por estar enfermo. Pues â esto respondo lo primero, ser sentencia de muchos Juristas, â quicenes sigue Homobono *de Statib. part. 2. cap. 23* que el Amo tambien debe dâr al Criado enfermo el salario convenido por el tiempo, en que estuvo enfermo: y si la enfermedad fuere breve, ô de pocos dias, convienen muchos Theologos en que es equidad, que assi lo hagan, si el convenio fuere de que han de servir por un año, ô mas tiempo, no quando se convienen en que han de servir por dias, como nota Giribaldo *tr. 3. de Contr. cap.*

133

3. *dub. 5. num. 52. pag. 154.* Pero teniendo como tengo por mas probable, y mas verdadero, que el Amo no está obligado à pagarle al Criado el salario convenido por los dias, ò tiempo, en que estuvo enfermo, si yà no es, que huviere costumbre en el Pais de pagarlo, ò que ambos se conviniessen en que havia de pagarle, aunque estuviessen enfermo; atento à que en dicho tiempo no pone de su parte el trabajo, aunque sin culpa suya, por el qual se le promete el salario, como con Leandro, Layman, Diana, y Azor tiene el mismo Giribaldo *tom. 1. tr. 9. cap. 2. dub. 3. num. 35. pag. 294.* con todo, respondo lo 2. que es mucha la disparidad, que hay entre el famulato, y la esclavitud; pues en quanto al famulato, se ha de estàr al convenio entre el Amo, y el Criado: pero por lo que mira à la esclavitud, se ha de estàr à las leyes: luego disponiendo la ley, que el que es Esclavo por diez años, cumplidos estos, quede con libertad, no procede justamente Epiphanio en nuestro caso, prolongandole la esclavitud à Euphrosino, y privandolo por mas tiempo de su libertad, sin culpa suya, de lo que la Sala del Crimen sentencia, y pronuncia. No es afliccion sobre afliccion la de Euphrosino el ser condenado à un Obraje por diez años, y aunque fuera mucho menos, despues de tantos trabajos en una Carcel, mientras se le siguió la causa, y se le hizo la Sumaria? Y aun pretende la codicia de Epiphanio, que la afliccion de este infeliz sea mas larga de lo que es? Donde està la charidad? Agregase à lo dicho, que el Juez que dá la sentencia, no ignora, que en el año hay muchos dias festivos.

CASO 6.

Se resuelve incidentalmente, que los Alcaldes Mayores no pueden compeler à los Casiques à que les cobren el tributo de los Tributarios, sin estipendio.

1 D. **U**N Alcalde Mayor le dà à Sixto Indio Casique una Cedula con el nombre de 200. Tributarios, para que le cobre sin estipendio los tributos, y se los entregue por tercias, alegando que

que á él le es facil, por ser persona principal. Pero llegando el tiempo de integrar el primer tercio, y no habiendo podido cobrar el Casique todo el dinero, lo pone en la Carcel, y lo obliga á que se lo integre de sus propios, ò buscando prestado el dinero. Se pregunta, á que está obligado este Ministro de Justicia?

M. Respondo, que el dicho Juez peca mortalmente, y que está obligado á restituir al Casique la cantidad que le dió de sus propios, ò buscó prestada para integrar los tributos de los Tributarios contenidos en la Cedula, y demás de esto, está obligado á pagarle al Casique, ò á otro qualquiera, el trabajo que tuvo en ir á los Ranchos de los Tributarios, y en su solicitud, en demanda de los tributos. La razon es: porque obligando el Alcalde Mayor al Indio á que le cobie sin estipendio los tributos, fuera de que, estando él exempto de pagarlo, lo hace Tributario de muchos modos, le impone grave carga, á que no está obligado por ley alguna, con grave detrimento de su persona, y familia, como se viene á los ojos. Fuera de esto: la justicia misma pide, que qualquiera goze en pacifica posesion aquellos bienes de fortuna, fama, libertad, y honor, cuyo uso, y dominio le conceden la ley natural, Divina, y humana. Luego el Alcalde Mayor con injusticia, y con injuria pone al Indio en este caso en la Carcel, pues el pobre no tiene culpa alguna, ni hay causa para dicha tropelia. *Sine culpa* (dice la Regla 23. del Derecho) *nisi subsit causa, non est aliquis puniendus*. A mas de lo dicho, en tal caso, el Alcalde Mayor procede sin potestad de jurisdiccion, porque esta pide, que el Juez gobierne á los Subditos segun leyes, y preceptos justos: sin potestad legal, porque esta mira á los Esclavos: y sin potestad civil, porque esta requiere contrato, como entre el Amo, y Criado. Luego el dicho Alcalde Mayor procede injustamente, peca mortalmente de muchos modos, y está obligado á la dicha restitution, y satisfaccion. Hace al intento el *cap. fin. de Injurijs*, q̄ dice: *Si culpa tua datum est damnum, vel injuria irrogata, seu alijs irrogãtibus opem fortè tulisti, aut hæc imperitia tua, sive negligentia evenerunt, jure super his satisfacere te oportet.*

VIGILIA 5.

Se proponen otros casos prácticos sobre el Trato de Compañía, y otros Contratos muy comunes.

CASO 1.

Se examina la licitud del Contrato, que el Vulgo suele llamar Arrendamiento de Bueyes. y para su resolución, se explica, y resuelve ser licito el Contrato trino.

1 D. **T**OMASINO contrata con los Indios, y otros pobres, que por cada Yunta de Bueyes aperada, que les dà por el tiempo de la cosecha del Maiz, le han de dàr doze, ò quinze Hanegas, assegurandole los Bueyes, aunque mueran por casualidad. Se pregunta, si este contrato es licito.

M. Respondo, que á primer aspecto, parece uno de aquellos, que Ulpiano *Leg. 29. ff. pro Socio*, llama Leoninos, tomando el motivo para esta denominacion del Apologo del Leon, q̄ quiso tener parte en lo que las demàs Fieras cazaban, quedandose él en la Cueva, sin exponerse á peligro. Sin embargo, para la resolución del Caso importa, que examinemos la licitud del contrato trino, ò contrato de tres contratos: y es lo mismo, que preguntar, si es licito reportar interès en el trato de compañía, asegurando el principal por otro contrato distinto, y vendiendo la esperanza de lucro mayor incierto, por otro cierto, y menor; lo qual suele executarse del siguiente modo. Tomasino hace trato de compañía con Ticio, para cuya efectiva practica, le dà mil pesos de principal, y Ticio ha de poner la industria; y han de partir igualmente las ganancias, que por cada año probablemente espera que sean treientos pesos; de los quales, los ciento y cinquenta, à mas del principal, pertenecen à Tomasino. Supuesto este trato, hace otro contrato con el mismo Ticio, obligandose este à recibir en sí el peligro del principal, de suerte, que si perece, no perece para Tomasino, que es el Dueño, sino para Ticio, y este se lo ha de integrar; y por esta obligacion, que en sí voluntaria-

riamente toma Ticio, se convienen, en que de las tres partes de las ganancias, que probablemente se esperan, las dos sean para Ticio, y una para Tomafino. Pero como este lucro solo es probable, y incierto, hace despues otro contrato con el, y le vende la esperanza probable de los cien pesos, ô el lucro incierto de ellos, por la mitad, ô por cinquenta pesos ciertos; y así por cada año, le quedan de lucro cinco por ciento. Esto supuesto.

2 Muchos, y muy graves Doctores dicen, que este trato es ilícito, y usurario; pues por los dos contratos subseqüentes, se destruye el trato de compañía, el qual pide de su naturaleza, que el peligro sea comun â los Contratantes, así como lo es el lucro. Y como en el caso, el principal se le assegura â Tomafino, no tiene peligro alguno; y por consecuencia, le falta titulo justo, para reportar interès. Ni vale decir, que si estos tres contratos se celebran con personas distintas, ô con una misma en distinto tiempo, serian licitos: y por lo mismo, tambien lo son, si se celebran juntos con un mismo Sugeto. Pues contra esto arguyen, que quando se celebran con distintas personas, ô con una misma, en distintos tiempos, persevera la sociedad, ô compañía, ô hay otro titulo justo para percibir el interès; pero quando se celebran con un mismo Sugeto, se destruye la compañía, y así falta titulo para percibirlo, como queda dicho, y es usurario. Así Genetto *tr. 4. de Mut. cap. 14. quest. 2. pag. 288.* Concina *tom. 7. pag. 489.* y en el *Comp. lib. 9. dissert. 4. cap. 9. per tot. à pag. 64.* Amort *tom. 1. Moral. tr. 6. §. 18. quest. 16. pag. 674.* Soto *lib. 6. quest. 6. art. 2.* Merbesio *tom. 1. pag. 348.* Habert, el Continuador de Tourneli, Cabafusio, Bâñez, Tapia, Mercado, y otros.

3 Con todo, la sentencia, que dice, que el sobredicho contrato es licito, es mas comun, y es aprobada por las Universidades de Colonia, Treveris, Compluto, Salamanca, Mogoncia, y otras, segun entre otros atestigua Ligorio *lib. 3. tr. 5. cap. 3. dub. 14. num. 908.* y cita por ella â Navarro, Lelsio, Toledo, Lugo, Layman, Palao, Bonacina, Escobar, Roncaglia,

186

Mazzotta, Sporer, Molina, y otros. Así tambien los Salmaticenses *tr. 14. cap. 3. de Mut. pun. 11. §. 2. num. 101.* donde citan à Maldero, Silvestro, Armilla, Villalobos, Trullench, y otros muchos. Es tambien de Giribaldo *tr. 3. de Contract. cap. 12. dub. 5. per tot.* con Diana, y Rosignolo *Contr. 3. de Mut. disquisit. 6. §. 8. à num. 2.* y otros à cada passo.

4 La razon fundamental es la que yá queda insinuada, conviene à saber, que estos tres contratos son licitos de sí, y separadamente: luego tambien lo son quando respecto de un mismo Sugeto se celebran juntos. Ni es verdad, que asegurado el principal, se destruya el trato de compañía, y se resuelva en mutuo. Al modo que en el Comodato se puede asegurar el principal, sin que se resuelva en mutuo: no obstante, que en el Comodato, el peligro fortuito de la cosa, de su naturaleza, ò de sí, pertenece al Dueño, como todo consta del *cap. un. de Commod.* Ni tampoco es verdad, que el trato de compañía pida de su naturaleza, que el peligro sea comun, antes bien lo contrario consta claramente de la *L. Si non fuerit §. ita ff. Pro Socio*, que dice: *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat.* Fuera de que, quando uno de los Contratantes recibe en sí el peligro del principal, y asegura juntamente à la otra parte el lucro menor por mayor incierto, se le recompensa con llevar mas lucro, que el otro; siendo así, que atendida la naturaleza del trato de Compañía, debia partirse el lucro igualmente. Ni contra esto hace, que quando el principal, y el lucro menor se asegura, el lucro mayor solo exista en esperanza probable: pues la esperanza probable de lucro es vendible, como queda dicho en esta 2. parte Caso 2. y 3. de la Vigilia 1.

5 Y aunque Concina, y Genetto dicen, que el Contrato trino està condenado por N. SS. P. S. xto V. en la Constitucion *Detestabilis avaritia* año 1586 no es así: pues lo que su Santidad condena en dicha Constitucion son los pactos usurarios, como respondió despues *vide vocis oraculo*, segun atestigua el Cardenal de Lugo, citado de Ligorio, añadiendo, que los

los Cardenales Toledo, y Severina, à quienes fue cometido el cuidado de dicha Constitucion, así lo afirmaron. A lo qual se agrega una decision de la Rota de 3. de junio de 1602. en que se determina, y declara, que la dicha Constitucion solo comprende los contratos ufutarios prohibidos por Derecho natural, añadiendo el Papa mayores penas, como cen Lugo, y otros dice el citado Ligorio: y los Salmaticenses juzgan, que la dicha Constitucion, ó no fue recibida, ó que es abrogada por uso contrario, confirmado con la practica de España, Italia, Francia, y casi de toda la Iglesia. Fuera de que N. SS. P. Benedicto XIV. en su Synodo *lib. 10. cap. 7.* cuyo texto refieren diminuto Amort, y Concina, expressamente dice, que nuestra Santa Madre la Iglesia no ha notado hasta ahora con censura alguna la opinion, que dà el Contrato trino por licito, no obstante de ser menos conforme à la citada Bula Sixtina, y que por lo mismo se abstengan los Señores Illustrissimos de censurarla. No obstante, que por lo que mira à la practica, seguramente pueden impedirlo, segun muchos Obispos lo han hecho, como à mas de Genetto lo atestigua Natal Alexandro *Ep. 94. in App. ad suam Theol. Mor. tom. 2.*

6 En atencion à lo qual, reduciendo el trato de Tomafino al contrato de compañía, se debe considerar, que para su practica Tomafino pone los Bueyes, y el que los recibe (ò arrienda, segun dice el Vulgo.) pone la industria, tierras, y trabajo. Esto supuesto, demos que el Maiz, que probablemente esperan coger de la siembra, que se puede efectuar con una Yunta de Bueyes, sean noventa Hanegas, de las quales, partidas entre ambas partes, caben à cada uno quarenta y cinco. De estas cediendo Tomafino quinze al Indio, para que los Bueyes se le aseguren, yá no le caben sino treinta. Y vendiendo al mismo Indio estas treinta, que solo son probables, y inciertas, por quinze, ò por doze ciertas, le quedan de todo el trato de compañía doze, ò quinze Hanegas de Maiz. Entendido así el dicho trato es preciso, que lo den por licito de sí, los que dan por licito el contrato trino. Pero con todo, en

188

quanto à la quota, ò numero de Hanegas, que el Indio se obliga por convenio à dár à Tomassino, yo dudo mucho de su licitud, por no decir, que no lo tengo por licito, aunque así se me representa por lo comun.

7 Expongo mi fundamento, y supongo juntamente, no ser leve dificultad entre los Patronos de la opinion, que dà por licito el contrato trino, sobre la tassa del lucro, que puede pedir el que assegura el principal. Por Derecho Consuetudinario antiguo se daban quatro por ciento. Por Derecho nuevo, en algunas partes, se dãn tres por ciento. Segun costumbre de muchas partes, que con otros aprueba Ligorio *num.* 908. se dãn cinco por ciento. El Maestro Serra, citado de los Salmaticenses, y de Ligorio, se estiende à ocho por ciento. Valentin en el Fuero de la Conciencia *rr.* 2. *cap.* 9. *§.* 9. *num.* 443, *pag.* 211. se alarga à diez, ò doze por ciento. Bonacina *disp.* 3. *quest.* 3. *disp.* 11. dice, que se puede pedir tanto mas, quanto la negociacion es de sí lucrosa, ò gananciosa. Los Salmaticenses *num.* 103. no reprueban este modo de opinar, y añade, que puede pedir tanto mas, quanto la negociacion fuere ciertamente lucrosa, y juntamente menor el peligro de perder el principal, que se le assegura al Dueño, suponiendo, como todos deben suponer, que el principal se dà para verdadera negociacion, y que el contrato de aseguracion se haga espontaneamente; pues si el que pone la industria no entra voluntariamente en el trato, haría dicha aseguracion por mutuo, à lo menos virtual, ò como forzado por razon del mutuo, lo qual es illicito.

8 Ahora: lo que una Yunta de Bueyes aperada suele valer, à lo mas, son diez y ocho pesos, y en algunas partes diez y seis, y en otras catorce. Lo que el Maiz suele valer, por lo regular, à lo menos, son quatro reales por Hanega. Luego obligandose el Indio à dár à Tomassino doce Hanegas de Maiz por seis meses, en que se siue de los Bueyes, para barbechar, sembrar, y alzar la cosecha, se obliga à darle seis pesos à lo menos, por diez y ocho à lo mas, en solos seis meses, asegurandole el principal. Por lo dicho, siempre me ha repugnado este

trato con tanta ganancia: aunque lo tengo por licito con lucro menor. Con todo, como no todas las tierras son de igual fertilidad, ni los temperamentos son unos mismos, ni el Maiz se logra con igual trabajo, y con iguales costos en todas partes, y el peligro de que Tomassino pierda sus Bueyes, puede quedar existente, no obstante, que el Indio haga trato de aseguracion, por no poderse este efectuar en el parage, en que vive, con la seguridad, que en otro parage pudiera, no es facil en nuestro caso decidir á punto congruente la dificultad, que tratamos. Sobre lo qual consulte Tomassino á su Parrocho, ó á otro Sugeto inteligente, y timorato, y obrando, ó procediendo con su consejo, procederá licitamente. Y si no tuviere á quien consultar comodamente, entre en cuentas consigo mismo, y examine quanto es lo que él daría en las mismas circunstancias, por diez, y seis, ó diez y ocho pesos prestados por seis meses asegurando al Dueño el principal, y no pida mas al Indio, ó á otro pobre, que se vale de él, para que le dé modo, y facultad para poder sembrar, á fin de remediar su necesidad, y mantener su familia.

9 D. Supuesto, que el referido trato es muy comun, qué dirèmos á Tomassino, y á otros, que tratan como él, si nos preguntan lo que deben, y pueden practicar licitamente?

M. Si Tomassino huviera procedido en el trato con buena fé, y tuviera facultades, yo le aconsejara, q̄ diera algunas limosnas á los mismos pobres, de quienes ha percibido los lucros, ó á sus descendientes, ó á otros, ó que expendiese en obras pias, lo que á juicio de Varon prudente, atendidos los lucros, y la quota, que annualmente ha percibido, puesto que no puede ser igual en todas partes, ni respecto de todos, pareciere proporcionado, y congruente. Pero si se resistiere á ello diciendo, que ha procedido licitamente, y con consejo de Sugetos doctos, y timoratos, lo dexaría en su dictamen, sin decirle, que su trato es licito, ni ilicito. Y mucho mas me abstendría de predicar contra dicho trato, dandolo por ilicito, y usurario: pues esto fuera poner lazo á las almas, y dàr ocasion, para que muchos,

chos, que antes no pecaban tratando así, pecáſſen despues, entendidos de que su trato es ilícito, y usurario, no conſtando ciertamente de que es usurario, y ilícito. Todo lo qual es muy conforme al Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 11. §. 29.* Si ya no es, que las circunstancias del caso, en algun parage, fuessen tales, que claramente fuessse usurario; pues como la usura sea prohibida por todos Derechos, en tal caso, ni la costumbre, ni el dictamen de hombres doctos, pudieran hacerlo licito, segun queda ya dicho en otra parte.

10 La doctrina del Señor San Antonino es sobre los tratos del Monte de Florencia, ya citados en la primera parte; pero por ser doctrinal para el presente, y para otros casos, tengo por bien referirla; y dice así en el lugar citado: *Qui autem jam fecissent dictum contractum emptionis dictorum jurium, consulendum esset, quod si rescindere possent ipsum contractum revendendo communitati ipsum jus, salubre esset: & quod inde reciperent ultra suum capitale, quod posuerunt in emendo, pauperibus erogarent. Vel si hoc commode fieri posset, post receptam sortem suam ex redditibus annualibus à communitate, pauperibus, seu locis pijs legarent secundum quosdam ut fo. Do. car. aut communitati remitterent ipsum jus exigendi redditum illum, secundum alios ut Guill. & Greg. de ari. Quod si tale consilium recipere recusaret quis, reputans illa licita esse ex rationibus, seu consilijs habitis à sapientibus circa hæc; & prædicta jura emere intenderet; vel jam empta retinere, & annum redditum illorum recipere ut licitum in perpetuum; & alijs legare, vel vendere ad placitum: relinquendus videtur judicio suo, nec condemnandus ex hoc, aut deneganda absolutio, tamquam perseverans videatur in vitio usuræ. Multo magis in prædicatione in hujusmodi materia non est præcipienda sententia, quod sit mortale, seu usurarius contractus, ut dicit Cancellarius Parisiensis in generali loquens de dubijs materijs de mortali: & hoc ne injiciatur laqueus animabus :: Sed nec etiam prædicare expedit licitum esse contractum, ne via paretur cupiditati. Sed vel nihil dicendum de tali materia: aut si dicatur aliquid, ostendendo dubium esse. & per consequens, persuadendo ab abstinentia istius contractus, ut tutior via eligatur.*

CASO 2.

Se resuelve, que para el valor del trato de Compañía, no es menester expresión formal de él; y se trata de la obligación del Fiador.

I D. **M**odesto le pide à Rita Viuda mil pesos, que tiene, ofreciendose à darle annualmente cinco por ciento, por trato de Compañía. Condesciende Rita, procediendo con buena fè; pero temerosa de que el principal se le pierda, le pide Fiador, y Modesto lo otorga. En breve supo Rita con certeza, que Modesto no tomó el dinero para negociar, sino que pagò una deuda con él, y por fin quedò insolvente. Se pregunta lo primero, si por no haver Rita celebrado con Modesto expressamente los tres contratos, segun se dixo en el caso antecedente, fue licito el trato de Compañía? Lo segundo, si puede pedir al Fiador el principal por no haver hecho escritura? Lo tercero, si dando el Fiador à Rita el cinco por ciento, hasta pagar el principal, lo puede recibir licitamente?

M. Respondo à lo primero, que para que el trato de compañía sea válido, y licito, no es menester, que los tres contratos se celebren expressamente, sino que basta, que se celebren tacita, y equivalentemente, ô implicitamente, del modo que los Doctores dicen ser licito, ô del modo que lo practican los timoratos: pues la intencion implicita, y expressa, para el caso, tienen una misma fuerza, *arg. L. cum quod mutuuum ff. cum certum petatur*. Vease lo dicho en esta Parte 2. Vigilia 1. Caso 6. *in fin.* Y es doctrina de Diana, Navarro, Valencia, Reginaldo, Bonacina, y otros, à quienes sigue Giribaldo de *Contr. cap. 12. dub. 5. num. 47.* con Antonio del Espiritu Santo *disp. 25. num. 125 I.*

2 Respondo à lo segundo, que Rita puede pedir el principal al Fiador, una vez, que convenido Modesto, se declara insolvente: y el Fiador debe pagarlo, aunque no hicielle escritura. La razon es, lo uno, porque el Fiador se obliga à pagar por el Sugo, de quien es Fiador, si este no paga, *arg. Instit. princ. de Fidejuss. & leg. sicut 65. ff. tit. eod.* Luego si Modesto no le buelve à Rita los mil pesos en el tiempo señalado, el Fiador se
los

192

los debe pagar. Lo otro, porque el contrato de fianza oy se perficiona con solo el consentimiento, ô bien se expresse por palabra, ô se expresse por escrito sin solemnidad alguna, como con Rosignolo, Molina, y otros, enseña Giribaldo *cap. 10. dub. 1. num. 1.*

3 En quanto à lo tercero, parece, que no puede licitamente pedir, ni recibir el cinco por ciento. La razon es, porque este lucro lo ha de percibir Rita del trato de compañía. *Arqui* en el caso, no hay en realidad tal compañía, pues falta la negociacion: luego no los puede percibir licitamente. Confirrase: si quando Rita diò el dinero à Modesto huviera sabido, que Modesto no lo pedia para negociar, sino para pagar sus deudas, no podia en tal caso percibir licitamente el cinco por ciento; pues fuera usura paliada, como con Navarro, Rebello, Reginaldo, Bonacina, y Antonio del Espiritu Santo, tiene Giribaldo *cap. 12. dub. 5. num. 47.* y es comun doctrina. Luego tampoco puede pedirlo, ni recibirlo licitamente, en el caso, que Modesto quedò insolvente, y con el dinero, que le diò, no se efectua negociacion alguna.

4 Con todo, si Rita le diò el dinero à Modesto en buena fè de que lo queria para negociar, y el Fiador se obligò, no solo al principal, sino tambien al cinco por ciento, puede pedir, y recibir uno, y otro licitamente. Y es la razon, porq̄ el q̄ Modesto no negociàra con el dinero, no es culpa de Rita, que en buena fè diò el dinero, para el fin, que se lo pidiò Modesto, por quien està el defecto de que no haya negociacion, y es el que falta al contrato, que debe cumplir. Luego si el Fiador se obligò à satisfacer à Rita, no solo el principal, sino tambien el cinco por ciento, uno, y otro puede pedir, y recibir licitamente. Pero si el Fiador no se obligò expressamente à satisfacer, y integrar el cinco por ciento, sino solo el capital, en tal caso, por una parte parece, que debe tambien pagar el cinco por ciento. Lo uno, porque lo accessorio se sigue al principal. Lo otro, porque el Derecho dispone, que el Fiador no esté obligado à mas de aquello, à que el principal Deudor està obligado, como conf-

193

consta de la *Instit.* §. 5. y de la *Ley Grece §. illud commune ff. de Fidejuss.* Luego supone, que está obligado à lo que debe el Deudor principal; y este en nuestro caso lo está al capital, y al cinco por ciento. Pero esto no obstante, no haciendo el Fiador expresa obligacion de pagar tambien el cinco por ciento, si Modesto no paga, digo que no lo debe pagar. Y es la razon, porque el contrato de fidejusion, ó fianza, es *stricti juris*, y por lo mismo el Fiador no está obligado sino solo à lo que expresamente promete. Así *Amort. tom. 1. Moral. tr. 6. §. 13. num.*

1. pag. 644.

CASO 3.

Se resuelve, que para lo licito del trato de Compañia, se debe compensar la aseguracion del principal.

I D. **F**eliciano se convienè con Cleophas Pastor, que apasciente doscientas Ovejas con este pacto, que si alguna perece, ha de perecer para los dos; pero si ninguna perece, se le ha de bolver à Feliciano el principal entero, y han de partir con igualdad las ganancias. Se pregunta, si este trato de compañia es licito?

M. Respondo, que este trato de sí es ilícito; y es la razon, porque aqui no media trato de aseguracion, y en el caso, que Feliciano lo hiciera, debiera por el gravamen, que en sí tomara Cleophas, ceder alguna parte de las ganancias, que esperan, segun se dixo en el Caso 1. de esta Vigilia, y de lo contrario fuera injusto el gravamen. En esta atencion, el dominio de las Ovejas se queda todo en Feliciano; y por lo mismo pide la justicia, que si alguna Oveja perece, toda debe perecer para él: pues todos los Derechos dicen, que la cosa perece para su Dueño. Si ya no es, que alguna perciesse por culpa de Cleophas, que entonces debe integrarla à Feliciano segun el valor, que tenía quando por su culpa perció. Es doctrina de Lugo, Bonacina, Azor, Salonio, Molina, y Rosignolo, citados, y seguidos de Giribaldo *cap. 12. dub. 6. num. 54.* y es comun.

2 D. Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, q̄

Bb

Fe-

194

Feliciano se conviene con Cleophas, que al cabo del año, le ha de entregar salvo el capital de las doscientas Ovejas, integrando con los fetos, ó sus frutos, las que perecieren; y que lo restante de las ganancias, lo han de partir igualmente. Es licito así este trato?

M. No falta quien diga, que es licito. Pero tengo por mas probable, y mas verdadero, que es ilícito. Y es la razon, porque no se guarda aquella igualdad, que el trato de compañía de sí pide. Parece claro: pues Feliciano en el caso tiene el capital seguro, y salvo, por cuya seguridad nada le cede á Cleophas, el qual en muchas ocasiones es de creer, que pierda en el todo, ó en gran parte, lo que merece su industria, y trabajo, como con Tabiena, Silvestro, Azor, y Rosignolo, tiene el citado Giribaldo *num.* 55.

3 De lo dicho se infiere ser trato iniquo el que suelen hacer algunos, que entregan á un pobre Pastor doscientas, ó trescientas Ovejas, para que las guarde, asignandole tres pesos y medio, ó quatro por cada mes; pero con pacto, que si alguna perece, la de pagar el Pastor, aunque perezca sin culpa suya: y en efecto se la cobran los Amos, rebajandole el salario. Es trato iniquo; pues es querer asegurar el principal, sin asignarle al Pastor algun lucro por el tal gravamen. Y por lo mismo siempre que el Dueño, así de Ovejas, como de Bacas, Bueyes, y otros animales, contrata con el Pastor, que le ha de asegurar el principal, debe compensarle este gravamen con lucro correspondiente, cediendole proporcionada parte de las ganancias, que esperan, ó mayor salario, á proporcion de su industria, trabajo, y peligro, á que se expone, como con Silvestro, Navarro, Reginaldo, y Salonio, tiene Bonacina *quæst.* 6. *pun.* 5. *num.* 2. Palao *disp.* 8. *pun.* 6. Antonio del Espiritu Santo *disp.* 25. *sect.* 5. *num.* 1261. y Rosignolo *prenot.* 26. *num.* 9. á quienes cita, y sigue Giribaldo en el *cit. dub.* 6. *num.* 52.

CASO 4.

Se resuelve, que el Mutuario debe restituir el mutuo, si se lo hurtan: pero no el Commodatario el comodato, si no se pacta.

I D. **C**esfareo vecino de Queretaro, le pide à Romano cien pesos prestados por quinze dias, para passar à Zelaya à mercar azeite; y juntamente un Caballo de su silla, para poder hacer el viage en dos dias, ò dia y medio, mas comodamente; y un Capote para ir con mas decencia. En consecuencia de ello, emprende el viage, y en la Puente de las Bacas, distante dos leguas de la Ciudad, salen los Ladrones, y le roban el dinero, el Caballo, y el Capote. Se pregunta, si está obligado à restituir, y bolver à Romano todo lo que le prestò para su viage?

M. Respondo, que atendida la naturaleza de este contrato, solo está obligado à bolverle el dinero, y no el Caballo, ni el Capote. Y es la razon, porque el prestamo del dinero fue mutuo: y el prestamo del Caballo, y Capote, fue comodato: y el mutuo transfiere dominio; pero el comodato no. Y por lo mismo, robando los Ladrones à Cesfareo los cien pesos, le roban lo que era suyo: pero robandole el Caballo, y el Capote, le robaron lo que era de Romano. Y por lo tanto, Cesfareo debe restituir, y bolver el dinero à Romano; pero no el Caballo, ni el Capote. Es comun.

2 Con todo, si Romano le huviera dicho à Cesfareo, que le prestaba el Caballo, y el Capote con la condicion que no havia de ir à Zelaya solo, ni de noche, ni por tal camino, por el peligro de los Ladrones, y Cesfareo no huviera observado dichas condiciones, debiera tambien restituirle, ò pagarle el Caballo, y el Capote. Y es la razon, porque en tal caso, Cesfareo Commodatario no usò del comodato con las circunstancias, que Romano Commodante se lo commoda: y el Commodatario no puede usar de la cosa commodada, sino para el uso, para que se le commoda, ó presta, y con las circunstancias, que el Commo-
dante expresa, como se colige de la Ley *in commodato §. sicut ff. Commodat.* donde dice: *Modum Commodati finemque prescri-*

196

bere e jus est, qui beneficium tribuit. Y del mismo modo debería Cesfareo pagar, ò restituir â Romano el Caballo, y el Capote, si se huvieren convenido, q̄ en caso, que pereciesen, aunque fuesse sin culpa Juridica, ni Theologica, havia de restituirlos, ò bolverlos. Y es la razon, porque en este caso, â mas del Commodato, hay tambien contrato de asseguracion, por el qual, Cesfareo *periculum rei in se suscipit.* Es comun, con Bonacina, Lessio, Lugo, Rosignolo, y otros, que cita, y sigue Giribaldo *cap. 8. dub. 1. num. 3. & 4. y dub. 3. num. 22.* Veanse tambien los Casuistas año 54. en Mayo Caso 2. pag. 46. y los Salmaticenses de *Rest. cap. 1. pun. 9. á num. 190.* y en esto mismo suponemos, que si la cosa comodada perece por culpa del Commodatario, debe pagarla. Es tambien comun.

3 Para mejor inteligencia de lo dicho, y de otras dudas, conviene saber, que en algunos contratos se transfiere el dominio, como en el mutuo, permutacion, cambio, donacion, compra, y venta. En otros solo se transfiere el uso de la cosa, y no el dominio; como en el commodato, precario, arrendamiento, conduccion, deposito, y pignorato. En otros se transfiere el uso fruto, ò dominio indirecto, ò util, con pension al Dueño directo, como en el emphyteusis, que induce obligacion de pension real annual al Dueño de la cosa, que retiene en si el dominio directo de ella: y en el feudo, que induce obligacion de fidelidad, y obsequio personal tambien al Dueño, por la misma razon. Ni del deposito se puede usar sin voluntad tacita, ò expresa del Depositante; pero entonces se resuelve en mutuo, ò commodato; ò en locacion, si por el uso se dà precio. Esto alude â los depositos irregulares, que son muy comunes: bien, que por dàr gusto â Sujetos que venero, me abstengo de tratar de ellos.

CASO 5.

Se resuelve, que siendo el Cambio por letra igualmente util à los dos Campsforos, puede recibir lucro el que es prevenido, y buscado para él: y que tambien es licito, aunque el Campsor lo solicite.

I D.

1 D. **Q**uirino vezino de Xalapa necessita de mil pesos en Mexico: y Primitivo vezino de Mexico, que fuè à Xalapa à la Feria, los necessita en Xalapa. En este supuesto, Primitivo va à ver à Quirino, y le dice, que le preste mil pesos, y le dará libranza segura para Mexico; pagandole el lucro, que por tales cambios regularmente, y por costumbre se paga. Valese Quirino de la ocasion; y sin decir palabra sobre la necesidad, que él tiene de dicha cantidad puesta en Mexico, le dá los mil pesos, y efectúa el cambio con lucro. Se pregunta, si Quirino procede licitamente?

M. Respondo, que à primer aspecto, parece que no; pues el cambio en este caso es igualmente util, y comodo à los dos Contratantes. Con todo, respondo, que Quirino procede licitamente, una vez, que Primitivo lo busca para el trato. Y es la razon, porque el darle los mil pesos en Xalapa, donde Primitivo los necesita, es obsequio digno de precio, y una virtual translacion del dinero, que tiene en Mexico, à Xalapa, librandolo de los peligros, y gastos, que havia de tener en ella, lo qual es precio estimable, aunque por accidente, y por su fortuna, se le siga à Quirino la utilidad, y conveniencia de que Primitivo le buelva los mil pesos en Mexico, donde él los necesita. Al modo que, si Primitivo huviera ido à la Feria de Xalapa en un Caballo alquilado, y desde allà lo huviera de remitir à su costa à su Dueño, podìa licitamente alquilarlo à otro, que fuera para Mexico, y retener el precio del alquiler para sí, por hacerle obsequio digno de precio; aunque la comodidad, ô conveniencia le viene à la mano por accidente, y por fortuna. Y por la misma razon, si Quirino huviera buscado à Primitivo para que le diera libranza segura de mil pesos para Mexico, dandole los mil pesos en Xalapa, y à mas de ellos, el lucro justo correspondiente por dicho cambio, licitamente podìa Primitivo recibirlo, no obstante, de que él necesitaba de los mil pesos en Xalapa; pues es obsequio digno de precio, aunque por accidente, y por su fortuna, le resulte dicha comodidad, ô conveniencia, del trato. Así Tamburino *lib 9. de Contract. tr. 3. cap. 4. §. 3.* donde dice, que el lucro cede en estos casos al que

198

que es prevenido, y buscado. Rosignolo *de Cambijs* 11. *prænot.* 2. Salas *dub.* 20. *circa medium.* Molina *tr.* 2. *disp.* 405. Bonacina citando à otros *quæst.* 5. *num.* 23. y Giribaldo con los citados *cap.* 4. *dub.* 3. *num.* 19. Y con Cayetano, Serra, Villalobos, Prado, Layman, y otros, los Salmaticenses *tr.* 14. *de Camb. cap.* 4. *pun.* 1. *num.* 11. aun en el caso, que Quirino huviera buscado à Primitivo para el referido cambio; pues esto tambien se debe reputar como accidente, que no hace illicito el lucro por industria de Quirino, atento à que el tal trato, ò cambio, de su naturaleza es digno de precio: si yà no es, que pactasse el lucro por la dilacion en percibir el dinero en Mexico, ò que lo pactasse mayor, por diferir Primitivo la paga, que esto fuera usura, como notan tambien los Salmaticenses en el citado *num.* 11.

CASO 6.

Se resuelve la illicitud de los Cambios secos, ò fictos.

1 D. **S**ecundo vecino de Mexico quiere ir à la Feria de Xalapa, y por no tener los reales, que necessita, ò desea, le pide à Jacinto su convecino dos mil pesos, para hacer el empleo. Condesciende en ello Jacinto; pero se convienen, en que no obstante, que le entrega los dos mil pesos en Mexico, le ha de dár el lucro, que segun costumbre, pudiera pedirle, dandole letra segura para Xalapa; ò en el efecto, suponen la letra. Se pregunta, si este trato es licito?

M. Respondo, que es trato usurario; pues se supone titulo, que no existe, para reportar Jacinto el lucro, suponiendo, que dá el dinero en Xalapa, y no lo dà á Secundo sino en Mexico, y este carga en sí el peligro, y gastos de su conduccion á Xalapa; de suerte, que en el caso, solo interviene verdadero mutuo, con sobre escrito de cambio. Y por lo mismo, todo el exceso, en que se convienen, de lo que justamente pudiera pedirle por daño emergente, lucro cessante, ò peligro de perder la suerte, como se dixo en la Vigilia primera, es usura. Este es uno de los cambios secos, ò fictos, que se suelen practicar de muchas maneras, como se puede vér en la Bula *In eam* del Se-

Señor San Pio V. en que los reprueba, y condena. Sobre cuya materia, se pueden consultar Giribaldo *cap. 4. de Camb. dub. 2. à num. 5.* los Salmaticenses *cap. 4. pum. 1. à num. 2.* Layman *lib. 3. tr. 4. cap. 19. n. 10. D. Matheu de re Crimin. Contr. 40. num. 128.* y abunde el Doctor Dolz en su Memorial á la Catholica Magestad del Señor Phelipe V. Y es de advertir, que el trato de si usurario, no solo no puede hacerse licito por costumbre del País, como yá queda dicho en otras partes; pero ni puede ser licito por disposiciones civiles, ni por dispensacion del Summo Pontifice, como nota el citado Dolz; el qual repite parte de su doctrina en su tomo de *Pœnit. disp. 3. sect. 12. num. 152.* y en el *Indice Alphabet. V. Cambia pag. 307.*

2. Tengan esto presente los que para percibir de sus tratos excesivos lucros, suponen guerras, y peligros que no hay; ò suponen otros titulos fictos, y aparentes, por los quales reportan los intereses, que no pueden por ser prohibidos, y reprobados por todos Derechos. Abstenganse en un todo de tales tratos; y por los que huvieren efectuado, consulten á Sugeros doctos, y timoratos, que con espíritu de Dios les digan lo que deben hacer. Vease tambien el Synodo Diocesano de N. S. P. Benedicto XIV. *lib. 10. cap. 5. num 7. & seq.* donde reprueba los Cambios fictos.

VIGILIA 6.

Se proponen algunos Casos sobre la restitucion.

CASO 1.

Se examina quando, como, y quanto debe restituir el que possée lo ageno con fe dudosa, y con buena fe.

I D. **A** Cacia muger hipocrita, Ama de llaves de un Caballero, todos los Sabados le dá un peso à Simeon, con quien suele confessarse dos, ò tres vezes al mes, para que aplique à su intencion la Missa. Al cabo de años, que assi lo practica, se enferma gravemente, y con esta ocasion, ò por si misma, ò por otra conducta cierta,

200

ta, hace sabedor à Simeon de que los pesos, que le ha dado por las Missas, los hurtò de los bienes de su Amo. Se pregunta, si Simeon està obligado à restituirlas, no pudiendo ella restituir?

M. Supongo lo 1. que Simeon no percibió con mala fé el peso, que Acacia semanalmente le daba por la Missa. Porque si lo huviera recibido en fé de que lo hurtaba à su Amo, sin duda debía restituir el dinero. La razon es, porque el que recibe una cosa con mala fé, ò sabiendo que es agena, sea graciosamente, sea por venta, ò sea por otro contrato oneroso, peca contra justicia, es injusto poseedor, y retenedor injusto, y así debe restituirla, si existe; y si no existe debe restituir el equivalente. Es doctrina comun con el Señor San Antonino *part. 2. tit. 1. cap. 2. §. 16.* sobre lo qual dice Amort *tom. 1. Moral. tr. 5. §. 16. quest. 5. num. 5. pag. 605.* que tambien debe restituir los frutos de la cosa naturales, y mixtos, aunque no permanescan en sí, ni equivalentemente: pero que no debe restituir los frutos *merè* industriales: y que tambien es comun. Pero notese, que aunque no deba restituir los frutos *merè* industriales, debe restituir, ò resarcir el lucro cessante, ò daño, que le causò al Dueño, como con Tamburino, Trullench, Benacina, y los Salmaticenses, tiene Giribaldo *de Restit. cap. 2. dub. 5. num. 46.*

2 Supongo lo 2. que Simeon tampoco recibió el peso, que semanalmente le daba Acacia por la Missa, con duda de si era, ò no era hurtado. Porque si desde el principio lo recibió con dicha duda, tambien pecò contra justicia: y no lo recibió con buena fé, como dice la comun, con Molina *tr. 2. disp. 63. concl. 1. Lesio lib. 2. cap. 6. dub. 3. Layman lib. 3. Sum. sect. 5. tr. 1. cap. 8. num. 10.* seguidos de Palao *de Just. in gen. tr. 31. disp. un pun. 22. §. 7 num. 1.* y por lo mismo debiera restituir. Y es la razon, porque el que recibe, ò merca alguna cosa dudando desde el principio, si es agena, ó hurtada, se expone à peligro de recibir, y retener lo ageno, contra la voluntad de su Dueño, y así no le favorece la possession, porque nunca la tuvo legitima: y por lo tanto, si despues sabe quien es el Dueño,

ño, la debe restituir con los frutos, y resarcir los menoscabos, si los huviere, aunque huviere dado precio por ella: ni le puede pedir al Dueño por ella precio alguno, como comunmente dicen los Doctores, que siguen los Salmaticenses *de Restit. cap. 1. pun. 3. §. 3. a num. 62.* y es tambien doctrina del Señor San Antonino en el citado lugar. En esta atencion, el que desde el principio recibe, ò merca una cosa con dicha duda, debe despues hacer diligencia para salir de ella: y si hecha la diligencia permanece la duda en su sèr, dicen muchos Doctores, que debe restituir toda la cosa, porque dudando si la cosa es agena, no puede ser Possedor de buena fe: ni en tal caso se puede decir, que es mejor su condicion, que la del Dueño; pues desde el principio, entrò à possèer la cosa con duda. Con todo otros Doctores, à quienes sigue Giribaldo *de Restit. cap. 2. dub. 7. à num. 66.* son de sentir, que en dicho caso, si hecha la diligencia para salir de la duda, esta permanece en su sèr, no queda obligado el que recibió, ò mercó la cosa, à restituirla toda, sino parte de ella, segun fuere la duda, ò *pro rata dubij*. Y es la razon, porque en tal caso, no es cierto, q̄ la cosa sea agena, sino dudoso; y assi como puede ser agena, puede no serlo: ni hay obligacion de mirar mas por el bien ageno, que por el proprio: y assi bastará restituir al que se duda, si es Dueño, ò à los pobres, segun las circunstancias, à proporcion de la duda.

3 Pero es aquí de advertir, que si la duda sobreviniese despues de principiada la possession en buena fé, aunque Bossio *tr. 1. Var. Moral. num. 1844.* con algunos que alega, juzga, que si el Possedor omite en tal caso hacer diligencia para salir de ella, y despues se hace moralmente imposible la certeza, debe restituir tambien *pro rata dubij* al Dueño, ò à los pobres, como antes se dixo: con todo, Giribaldo *de Restit. cap. 2. dub. 7. num. 64.* tiene por bastantemente probable con Bonacina, Trullench, y otros, que cita por sí, que aunque el Possedor en tal caso pecó gravemente por omisso en salir de la duda, no està obligado à restituir. Y dá la razon, porque el Possedor comenzó la possession con buena fé; y assi es mejor su condicion: Fuera de

que, en dicho caso, lo que se duda es, si con su omisión fue causa de daño: y el que duda, si con su acción, ó omisión, causó algun daño, no está obligado à restitucion alguna, en opinion bastantemente probable.

4 Suponiendo, pues, que Simeon recibió de Acacia semanariamente el peso por la Misa con buena fè, y sin dudar de que ella no tenia de donde sacarlo, se ha de distinguir entre los pesos, que recibió dentro de los tres ultimos años, y los que recibió antes de los tres años ultimos. Y hecha esta distincion, respondo no ser improbable, que los que recibió antes de los tres años ultimos son suyos, y que no está obligado à restituirlos. Y es la razon, porque la pecunia poseida con titulo, y buena fè, prescribe entre presentes con el triennio, ó por el tiempo de tres años. Y aunque es verdad, que como en el caso es furtiva, entró Simeon à poseerla con vicio real, que siempre acompaña à la cosa, y no se purga, hasta que vuelva al Dueño legitimo, y por lo mismo, no parece, que puede prescribir con el tiempo ordinario: con todo, esta doctrina, que es bastantemente comun, comodamente se puede interpretar, quando el Posseedor de buena fè entra à poseer como Successor universal, y por titulo de herencia; no quando entra à poseer como Successor particular, y por razon de contrato, ó de legado, ó otro titulo distinto de la herencia. Y la disparidad es, porque el Successor universal representa la persona de aquel, à quien hereda, con todos los vicios, y cargas anexas à la herencia; y por lo mismo, carga en sí la obligacion de restituir, que el otro tenia. Pero el Successor particular no carga en sí los vicios del principal Author, ni de las cosas, en que le succede: y así por la buena fè, y justo titulo, con que posee lo que èl poseia con mala fé, se purga del vicio, ni este se le debe imputar. Así se collige de la ley *An vitium ff. de divers. temp. prescrip.* donde se dice: *Usucapere possum quod Auctor meus usucapere non potuit.* Veanse à Giribaldo de *Just. cap. 4. dub. 7. §. 2. num. 84.* donde alega à Palao, y Rosignolo. Veanse tambien los Casuistas año 54. en Marzo caso 3 pag. 43.

5 Pero por lo que mira á los pesos, que Simeon recibió dentro de los tres ultimos años, se ha de bolver á distinguir. Porque ó los conserva separadamente, ó impermixtos: ó los mezcló con los suyos, ó yá los gastó. Si los conserva aun impermixtos, debe restituirlos. Y es la razon, porque en tal caso, el Amo de Acacia tiene el dominio sobre el dinero, y este clama por su Dueño. Pero si los huviere mezclado con los suyos, ó los huviere gastado, entences, por razon de la mixtion, adquirió Simeon el dominio sobre ellos, por especial disposicion de la ley *si alieni ff. de solut.* dōde se dice: *Sed si misti alijs sint, ita ut discerni non possint, ejus fieri qui accipit:* Y assi, si los huviere mezclado con los suyos, ó los huviere gastado, solo debe restituir *id in quo factus est ditior:* ó aquello en que se ha hecho mas rico. Lo qual bien entendido, viene à ser lo mismo, que decir, que está obligado à restituir nada, ó algo, segun dire. Pues primeramente no está obligado à restituir por accion injusta, que es una de las raizes de la restitucion; pues suponemos, que recibió el dinero con buena fe. Tampoco está obligado à restituir por razon de cosa agena, que es otra raiz de la restitucion; pues con la mixtion, adquirió el dominio del dinero. Y fuera de esto, si, no aplicando la Misa por Acacia, huviera percibido por ella limosna igual por otra parte, en nada se ha hecho mas rico. Veanse los Salmaticenses *de Restit. cap. 1. pun. 3. num. 94.* con los que allí citan: y lo entenderemos aun mejor con el caso siguiente.

6 Supongamos, que Simeon vendió por quinze pesos un Caballo à un Ladron en buena fe, ó sin saber; que lo era; y este para darselos, los hurtò; y sin mezclarlos con los suyos, los entregó à Simeon, el qual luego los mezclò con los suyos. En este caso, si Simeon sabe despues, que los quinze pesos eran hurtados, no está obligado à restituirlos, sino solo à restituir *id in quo factus est ditior;* que en el caso, es lo mismo que decir, que está obligado à restituir poco, ó nada. Pues aunque con los quinze pesos que recibió del Ladron, se aumentó el cumulo de su dinero, tambien es verdad, que por los quinze pesos le diò

204

un Caballo: y así, si este valía los quinze pesos, nada debe restituir; pues en nada se ha hecho mas rico. Pero si el Caballo solo valiere treze, ó catorze pesos, entonces estará obligado à restituir al Dueño del dinero, à quien el Ladron se lo hurtò, un peso, ó dos, que es en lo que se ha hecho mas rico. Así Giribaldo de Restit. cap. 2. dub. 2. num. 13, con Trullench lib. 7. cap. 11. dub. 1. & 3. Reginaldo, Lugo, los Salmaticenses, Bonacina, Diana, y otros comunmente. Y advierte el citado Giribaldo, que en el caso le aprovecharà mucho à Simeon el haver mezclado con el suyo el dinero, que en buena fe recibió del Ladron, por la venta del Caballo, adquiriendo el dominio de él con la mixtion; porque si lo conservara separado, debiera restituirlo, aunque perdiera el Caballo; pues el dominio del dinero, en tal caso, permanece aun en el Sugero, à quien el Ladron lo hurtò, y la cosa clama por su Dueño. Al modo que, el que merca un Caballo à un Ladron, y despues sabe, que es hurtado, lo debe restituir à su Dueño, aunque sea con perdida del dinero, que dió por él, por no poderlo cobrar del Ladron, que se lo vendió, que es el que por obligacion, que el Derecho llama de Eviccion, está obligado à restituirle el precio, que dió por el Caballo, y resarcir qualquiera daño, que le huviere ocasionado. Lo qual, si en el caso no lo pudiere conseguir el Comprador, porque el Ladron se huyó, ó quedó insolvente, debe atribuirlo à su desgracia, como dice Sabino *tr. 34. num. 53.*

7 Pero advierto, que si el que mercò el Caballo al Ladron, conocida la verdad, halla modo, y arbitrio para rescindir el contrato, bolviendo el Caballo al Ladron, y recuperar el precio, que dió por él, es muy probable, contra Molina *tom. 3. tr. 2. disp. 722.* Layman *lib. 3. tr. 4. cap. 17. §. 3. num. 24.* Fagundez, Silvestro, Soto, Ledesma, Cayetano, Covarruvias, y otros, que lo puede hacer licitamente. La razon es, porque el Comprador en este caso, no hizo injuria alguna al Dueño del Cavallo; pues lo mercò con buena fe; y por lo mismo, no es de presumir, que el Dueño del Cavallo no tenga à bien el que rescinda el contrato, poniendo la cosa como se estaba, ó

en

203

en su ser pristino, antes del contrato, de compra, y venta: Al modo que, el que halla una cosa en la plaza, ó en la calle, y conoce, que el tomarla le puede ser de perjuicio, á nadie hace injuria, si la dexa en su lugar, aunque conotca el peligro de que otro se la lleve. Fuera de que, en caso de igual innocencia, ninguno está obligado á mirar mas por el bien ageno, que por el proprio; ni á mirar por el bien ageno, con daño proprio. Y así como el Dueño tiene derecho á su Caballo, tambien el que lo mercò con buena fe de que no era hurtado, tiene derecho al dinero, que dió por él. Así Lelsio, Rebello, Toledo, Salonio, Aragon, Vazquez, Navarrio, y otros, que sigue Bonacina *quest. 4. pun. 2. num. 1.* Tamburino §. 2. *num. 2.* Diana *part. 1. tr. 8. resol. 69 y part. 2. tr. 3. miscel. resol. 4.* Trullench *cap. 11. dub. 3. num. 2.* Lugo *disp. 17. sect. 2. num. 29.* Antonio del Espiritu Santo *tr. 10. disp. 9. sect. 3. num. 382.* y otros, que citan, y siguen Giribaldo *de Rest. cap. 2. dub. 2. num. 17.* y los Salmaticenses *de Rest. cap. 1. pun. 3. §. 6. num. 83.* Pero todos convienen en que por caridad debe persuadir al Ladron, á que restituya, como debe, al Dueño, lo q̄ le hurtò. Vease tambien Holzman *de Rest. cap. 3. arr. 2. num. 450.* con Mastrio, Mezger, Babenstuber, y otros que alega por la opinion, que dice, ser rescindible este contrato.

CASO 2.

Se resuelve quando, y qué debe restituir el que en buena fe recibió de un Ladron un don gracioso.

1. D. **S**Ostenes recibe de Nanciso cinquenta pesos, y un vestido de paño de Castilla, en buena fe, y creyendo, que es agasajo que le hace de sus propios, por la amistad que professan. Pero al cabo de un año, en que por haver usado el vestido, ya está casi inservible, sabe, que hurtò uno, y otro á su Amo, para hacerle el regalo. Se pregunta, si pudiendo Nanciso restituir, está obligado á restituir Sostenes?

M. Respondo ser muy questionable, si el que recibe
en

en buena fè de un Ladron alguna cosa mueble, como dinero, trigo, maiz, y otras, que regularmente son materia de mutuo, y por lo mismo, son *unico usu* consumptibles, debe restituirla à su Dueño, si sabe despues q̄ fue hurtada, si el Ladron tiene facultades para poder restituirla. Dicen, que no està obligado à restituir, Bañez, Salonio, y Ledesma *in Sum. tom. 2. tr. 8. cap. 14. post 14. concl. dub. 3.* donde dice ser comun entre Thomistas, como atestigua Diana *part. 3. tr. 5. resol. 43. pag. 179.* Y dàn la razon, porque en tal caso, no es necessario que el Ladron restituya la misma cosa en individuo, sino que puede restituir por ella otra de la misma bondad, y valor. Y por lo mismo, supuesto, que tiene facultades, que restituya él, puesto que fuè el author del hurto.

2 Otros Doctores afirman, que debe restituir, y dàn la razon, porque la cosa agena siem̄ pre passa al Posseedor con la carga de ser restituida à su Dueño, pues clama por él, y en qualquiera parte que la halle, la puede tomar. Fuera de que, como el Ladron no tiene dominio en ella, no lo puede transferir à otro; y assi, el que la recibe, la debe restituir, si existe, y si no el equivalente. Ni obsta el que el Ladron tenga facultades para restituir otra del mismo valor; pues una vez, que no lo ha hecho, la cosa hurtada clama por su Dueño, que tiene el dominio en ella, y derecho para pedirla, como tambien los daños causados. Assi Azor *part. 3. lib. 4. cap. 3. quest. 4.* Sanchez *in Sum. tom. 1. lib. 2. cap. 23. num. 34.* Lugo *disp. 17. num. 12.* Concina *in Comp. lib. 9. dissert. 2. cap. 1. quest. 13. pag. 18.*

3 Otros Doctores distinguen, y dicen, que las cosas furtivas *unico usu* consumptibles se pueden considerar de dos maneras. Porque, ô el Ladron antes de dárlas, y transferirlas, las mezclò con las suyas proprias, de suerte, que no puedan discernirse, ô las diò, y transfirió, sin mezclarlas con las suyas. Y esto supuesto, resuelven, que si el Ladron antes de darlas, ô transferirlas, no las mezclò con las suyas, debe restituirlas el que las recibió. Y la razon es, porque en este caso el Dueño tiene aun el dominio, y la cosa clama por su Dueño, como poco an-
tes

207

res se dixo. Pero si el Ladron antes de darlas, ò transferirlas, las havia ya mezclado con las suyas, en este caso, son de sentir, que el que las recibió, no las debe restituir. Y la razon es, porque con la dicha mixtion, ò confusion, como dicen otros, yá el Ladron adquirió dominio en la cosa que dió, aunque con la carga de restituir à su Dueño; y por lo tanto, pudo transferir à otro el dominio de ella, ò por donacion, ò por contrato. De suerte, que en el primer caso, el que recibe la cosa, la recibe de quien no tiene dominio en ella; y por lo mismo, la debe restituir. Pero en el segundo, la recibe de quien ya tiene dominio por la mixtion, y se lo puede transferir; y así no debe restituir, sino que la restituya el Ladron. Los Autores de esta sentencia, la coligen de la Ley *si alieni nummi ff. de solut.* alegada yá en el Caso antecedente, y de la Ley *Idem Pomponius ff. de rei vindicat.* como Bonacina, Layman, Tamburino, Trullench, y otros, que alegan, y citan los Salmaticenses *de Restit. cap. 1. pun. 3. num. 46.* y Giribaldo *de Restit. cap. 2. dub. 2. à n. 11.* donde dice ser comun entre los Autores, que admiten la comixtion de la pecunia agena con la propria; y de sola la pecunia lo admite Holzman *tr. 1. de Jur. & Just. cap. 2. art. 2. §. 3. num. 67. pag. 516.*

4 De lo dicho inferen algunos, que el que recibe de un Jugador amigo parte de los pesos que sabe ganó con naypes fraudulentos, despues que el Jugador ya los mezcló con el dinero proprio, no está obligado à restituir, si no cooperó al fraude. Así los Salmaticenses en el *cit. pun. 3. n. 94. in fin.* donde alegan à Layman *lib. 3. sect. 5. tr. 4. c. 17. §. 3. n. 3.* Es tambien de Diana *part. 4. tr. 4. resol. 67.* donde dice ser digno de notarse para quitar muchos escrúpulos. Lo mismo dice Lugo *disp. 17. num. 17.* aunque el Ladron por la donacion se haga insolvente; pues aunque pecó dando el dinero en perjuicio del proprio Dueño, con todo, como ya tenia adquirido dominio en él, la donacion fue válida, y el recipiente, ò donatario, la recibió del verdadero Dueño, y así no está obligado à restituir el dinero, *ni id in quo factus est ditor.* Así tambien Layman *num. 23.* y

Dia-

208

Diana *part. 3. tr. 5. lib. 39.* y los refiere, y no contradice Giribaldo *num. 12.* Y la razon de todo debe ser por determinarse expressemente en la citada Ley, que el que mezcla el dinero ageno con el proprio, aunque sea sin ciencia, o contra la voluntad del Dueño, se hace Dueño de todo el cumulo, si una vez que esté mezclado, no se puede discernir; sobre la qual Ley, dice la Glóssa; como por razon general, que la mixtion equivale á la consumpcion. Bien, que algunos quieren, que para que en este caso el dominio del dinero se transfiera al que lo mezcla con el suyo, lo mezcle con animo de adquirir dominio, o á lo menos, que no tenga voluntad contraria. Y otros añaden, que tambien se necessita, que la mayor parte del dinero sea del que lo mezcla; porque si mezclara porcion igual, o mayor, de dinero ageno con el proprio, entonces el cumulo debe ser comun á él, y al Dueño del dinero hurtado: y lo mismo dicen, si la comixtion sucediesse por acaso, o por consentimiento de las partes. A si Lugo, Molina, Vazquez, y Dicastillo, citados de La Croix *lib. 3. part. 2. num. 118.* como atestigua, siguiendo los, Ligorio *tr. 4. in Appen. de Just. num. 498. pag. 156.*

5. Con todo, respondiendo al caso directamente, no obstante la probabilidad, que tienen las referidas opiniones para poderse practicar en algunos casos, segun ocurrieren las circunstancias, por no carecer de fundamento, y ser de Doctores graves; si Sostenes recibió en buena fe los cinquenta pesos, por graciosa donacion, yo le aconsejára, que una vez que sabe quien es el Dueño, o que el dinero fue hurtado, reconvenga al Ladron que se lo dió, para que restituya; y si el Ladron no quisiere, y Sostenes puede restituir, que restituya Sostenes. Lo primero, porque es muy cuestionable, si la sobredicha mixtion despoja, o no, al Dueño, del dominio de la cosa, y del derecho para pedir la en sí, o en equivalente, en qualquiera parte que la halle. Lo segundo, porque no es facil, que sepa Sostenes, si el dinero hurtado, que el Ladron, que se lo dió, mezcló con el proprio, era en mayor, o menor cantidad, para que adquiriesse dominio en él, segun piden muchos Doctores. Lo tercero, por-
que,

que, si el Ladron no pudiere restituir, todos confiesan, que Sostenes debe hacer la restitucion. Luego si el Ladron puede, y no quiere, es muy conforme à la justicia, y charidad, el que Sostenes restituya, para reintegrar al Dueño el derecho injustamente usurpado por el Ladron. Bien, que el Ladron está obligado à pagarle los daños causados; de lo qual escusa à Sostenes la buena fé.

6 Mas, por lo q̄ roca al vestido, que sin dũda debiera restituirlo, si existiera, una vez que sabe, quien es el Dueño, debe restituirle aquello, en q̄ se ha hecho mas rico. Esto es, no todo lo que el vestido valia, quando el Ladron se lo regaló; sino aquello que Sostenes huviera gastado en vestirse mas humildemente, como él acostumbra, y lo ahorrò, por haver usado del vestido. Y la razon es, porque el Posseedor de buena fé, no está obligado à restituir por razon de accion injusta, sino por razon de la cosa recibida: y assi, si esta ya se consumió, ò pereció, solo està obligado à restituir lo que sucede en el lugar de la cosa, q̄ es lo que Sostenes ahorrò. Al modo que, si à Sostenes lo huvieran convidado à una comida esplendida, y huviera concurrido con buena fé, y despues huviera sabido que era hurtada, debiera restituir, no restituyendo el Ladron, *id in quo factus est divitior*. Esto es, no debiera restituir todo lo que importò lo que comió, sino aquello que huviera gastado en su casa, para comer con mas moderacion, como él acostumbra. Y si quando fue al convite, ya tenia el galto de casa hecho, y los familiares se comieron su comida, à nada quedaria obligado; pues entonces, en nada se hizo mas rico, ò nada ahorrò, como con Bonacina, y Trullench nota Giribaldo *de Restit. cap. 2. dub. 1. num. 3.*

CASO 3.

Se resuelve, si el que merca una cosa con mala fé, puede rescindir el contrato, ò si està obligado à restituirla à su Dueño, sin rescindirlo. Y se trata del que merca una cosa hurtada para darla à su Dueño.

- 1 D. **L** Onginos merca una Mula à un Ladron en mala fé de que es hurtada; pero conociendo despues su jerro, y

210

deseando corregirlo, pregunta, si puede rescindir el contrato, bolviendo la Mula al Ladron, y recuperar de él su dinero, ò si debe restituir la Mula à su Dueño, y no al Ladron?

M. Ya queda dicho en el Caso primero de esta Vigilia num. 1. que el que recibe en mala fè una cosa agena, sea por gracia, ò sea por contrato oneroso, debe restituirla. La dificultad presente es, si puede rescindir el contrato encargando, y persuadiendo al Ladron, que restituya, como principal obligado, segun se dixo en el mismo Caso num. 7. del que merca de un Ladron alguna cosa en buena fè: y sobre esta duda hay dos sentencias. La primera sentencia dice, que el que merca con mala fé, puede rescindir el contrato con el Ladron, bolviendole lo que le mercò, y recuperar su dinero. Y es la razon, por que bolviendo al Ladron la cosa hurtada, que le vendió, no la pone en peor estado del que tenia antes que él se la mercara. Fuera de que qualquiera puede mirar mas por su bien, que por el ageno. Así Lugo *disp. 17. num 17.* Tamburino *cap. 3. §. 3. num. 1.* Antonio del Espiritu Santo, Toledo, y otros muchos, que se pueden vér en Diana *part. 2. rr. 3. resol. 4. y part. 5. rr. 4. resol. 87.* donde dice ser probable. Es tambien sentencia de Holzman *de Restit. cap. 3. art. 2. num 455.* con Silvestro, Navarro, Pichler, y otros, y la prueba latamente. Algunos citan por esta opinion al Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 12. §. 16.* pero la doctrina del Santo creo no es terminante por esta sentencia. Y despues que refiere los daños, y incomodos, que à sí se causa el que merca una cosa, sabiendo que es hurtada, ò haciendo juicio opinativo, ò probable, de que lo es, dice así: *Septimo quia non potest agere contra venditorem de pretio sibi dato: obstat enim sibi turpitudò sua :: Secundum tamen Alexandrum de Ales in 4. talis potest rem emptam restituere vendenti, ut recipiat quod de illa dedit. Magis enim potest sibi providere, quam alijs.* Si ya no es, que digamos ser doctrina del Santo, en quanto refiere la de Alexandro de Ales, y no la impugna.

2 La segunda sentencia dice, que el Comprador de mala fè debe restituir al Dueño la cosa mercada, y que no la puede bol-

bolver al Ladron, rescindiendo el contrato hecho, por mas que le persuada que la restituya. Y es la razon, porque una vez, que quando la mercò, yà sabía, que era hurtada, y que debia restituirse, à sí mismo debe imputarse el haver dado precio por ella: y mercandola con dicho conocimiento, transfirió en sí la obligacion del Ladron. Ni vale decir, que el que merca una cosa hurtada en buena fè, puede rescindir el contrato, asì que sabe que es hurtada. Pues el Comprador de buena fè solo està obligado à restituir por razon de cosa recibida, ò *ex re accepta*. Pero el Comprador de mala fè està obligado à la restitucion, no solo por cosa recibida, sino tambien por accion injusta, ò *ex injusta actione*. Pues lo mismo viene à ser merca una cosa, sabiendo que es hurtada, y apropiarsela, que hurtarla de nuevo al proprio Dueño: y asì el primero por su innocencia, y buena fè, tiene derecho al precio, que dió por la cosa hurtada, que mercò: pero el segundo lo pierde por su malicia, y mala fè. Asì Lefsió, Rebello, Trullench, Dicastillo, y otros, que citan, y siguen Giribaldo de *Rest. cap. 2. dub. 2. num. 21.* y los Salmaticenses *cap. 1. pun. 3. §. 6. num. 87.* donde dicen, que esta opinion es mas probable.

3 Con todo, pueden concordarse dichas sentencias, si la primera procede en caso, que el que compra en mala fè una cosa al Ladron, rescinde luego el contrato; pues rescindiendolo luego, no parece hace al Dueño injuria notable, como dice Lefsió *lib. 2. cap. 14. dub. 3. num. 21.* Fuera de que, rescindiendo el contrato luego, sin duda dexa la cosa en el mismo estado, que tenia antes del contrato. Pero si passó notable tiempo, y mucho mas, si el Ladron quedó insolvente, ó la cosa perecié, debe restituir la al Dueño: pues en este caso, aun habiendo mercado con buena fè, debiera restituir, segun lo dicho en el Caso 1. de esta Vigilia num. 6.

4 Notese por conclusion, que es muy comun entre los Doctores el que puede uno merca una cosa, sabiendo que es hurtada, con el fin de restituir la à su Dueño. Y si la merca con poco precio, debe el Dueño de la cosa darlo al que la mer-

212

có, haciendo utilmente el negocio del Dueño, libertando lo que le hurtaron por precio poco: ni ninguno está obligado à mirar por el bien ageno con proprio daño, y detrimento. Pero si lo mercó por su justo valor, ò mayor precio, entonces el Dueño no está obligado à dárle todo el precio, sino parte de él, à juicio de prudentes: pues en tal caso, no hizo utilmente el negocio del Dueño, y este quedaria obligado à mercar cosa propia con igual, ó mayor precio. Así Verricelli en las cuestiones Morales, y Legales *tr. 1.ª quest. 1.ª num. 8* con Vazquez, Molina, Lugo, y otros contra Diana, y otros pocos. Si yá no es, que fuese alguna alhaja muy estimada, y util à quien se la hurtaron, que entonces, Lugo, seguido de Giribaldo, *num. 23.* dice, que el que la mercó para dárla à su Dueño, puede pedir licitamente todo lo que dió por ella. Y lo mismo dice el citado Verricelli, si la cosa hurtada fuese mercada por piedad, como si uno mercara de un Ladron un Vaso Sagrado, para que no fuese profanado, y cita à Cayetano, Layman, y Rebello.

CASO 4.

Se examina, si el que mercó una cosa en buena fè, está siempre obligado à dár noticia de ella à su Dueño, que la busca: y si debe restituir los frutos, que percibió de ella.

I D. **V**ictorino en buena fè mercó dos Mulas de un Ladron; y en buena fè las vendió en breve à un Caballero. Sabe despues de vendidas, que las Mulas eran hurtadas, porque su Dueño las busca. Se pregunta, si está obligado à dár noticia al Dueño de las Mulas, de su paradero?

M. Supongo antes de responder, que si Victorino vendió las Mulas mas caras, debe restituir al Dueño de las Mulas aquello, en que se hizo mas rico, como Comprador de buena fè, segun lo dicho en los casos antecedentes de esta Vigilia. Esto supuesto, respondo, que si Victorino no halla arbitrio para que el Ladron, que le vendió las Mulas, le buelva el dinero, que le d ó por ellas, ò conoce, que lo perderá, no está obligado à manifestar al Dueño de ellas su paradero. Y es la razon, por-

porque ninguno está obligado à mirar por el bien ageno, con proprio daño. Y si Víctorino le dà noticia al Dueño de las Mulas, del destino que tienen, y este las recupera del que se las mercò à Víctorino, este le pedirá à Víctorino el precio que diò por ellas, y Víctorino perderá el precio que por ellas diò al Ladrón, que se las vendió; pues suponemos, que no le es facil el redimirlo: y así la noticia, que Víctorino daría del paradero de las Mulas, sería con detrimento proprio, por mirar por el bien ageno, à lo qual no está obligado. Pero si à Víctorino no le fuera dificil el recuperar del Ladrón el precio, que diò por las Mulas, debe por charidad dar à su Dueño noticia de ellas; pues en tal caso, cessa el peligro del detrimento, que pudiera causarle la noticia. Así Lugo *disp.* 17. *num.* 110. Reginaldo *lib.* 10. *num.* 44. Sanchez *cap.* 23. *num.* 20. Trullench *lib.* 7. *cap.* 11. *dub.* 5. *num.* 5. seguidos de Giribaldo *cap.* 2. *dub.* 2. *n.* 25.

2. D. Supongamos, que Víctorino, en el tiempo que tuvo las dos Mulas, ganó algun dinero trabajando con ellas. Pregunta estará obligado à restituir este dinero al Dueño de ellas, facendo à proporcion el que corresponde à su trabajo, ò à las expensas que tuvo?

M. Aunque atendido el Derecho comun, hablan los Doctores con alguna variedad sobre los frutos, que debe restituir el Posseedor de buena fè, y atendiendo al Derecho de Castilla, no está obligado à restituir los industriales mixtos, que no existen, aunque con ellos se haya hecho mas rico, como con muchos Doctores, y fundados en una ley de la Partida, dicen los Salmaticenses de *Restit.* *cap.* 1. *pun.* 3. *9.* 4. *n.* 71. Con todo, en nuestro caso, es probable, que Víctorino nada debe restituir de lo que ganó con las Mulas, en el tiempo que las tuvo en buena fè; aunque conserve e xistènte la ganancia. Y es la razon, porque es probable, que el que posee una cosa con buena fè, y título oneroso, no solo hace suyos los frutos *merè* industriales, que estos tambien los hace suyos el Posseedor de mala fè: sino que tambien hace suyos los naturales, y los mixtos. Luego poseyendo Víctorino las Mulas en buena fè, y por medio de con-

214

trato oneroso, por haverlas mercado, y dado precio por ellas; se sigue, que probablemente queda escusado de restituir lo que con ellas ganó. Pruebáse el antecedente: porque el que en buena fé mercó una cosa, con la qual adquisió algun lucro, pudo haver mercado otra con el proprio dinero, y adquirir lucro con ella. Luego no hay razon para que se le nieguen los frutos de lo que mercó con su dinero, y en buena fé. Así Rebello, y Palao, citados, y seguidos de los Salmaticenses *num.* 72. donde dicen, que las leyes, que se pueden alegar en contrario, se deben entender del Posseedor de buena fé por titulo lucrativo, como es la donacion: pero no del Posseedor de buena fé por titulo oneroso, como es la compra.

3 Otros Doctores admiten la sobredicha doctrina limitandola, y dicen, que el Posseedor de buena fé no está obligado á restituir los frutos naturales, ni mixtos, q̄ possedyó en buena fé por tres años. Y se fundan en que las cosas muebles prescriben con el trienio, y posesion de buena fé, y pasan al dominio absoluto del Posseedor; y por lo mismo, queda sin obligacion de restituir, aunque sean frutos de la Iglesia, ó de beneficio. Así Bonacina *pun. ult. §. 1. num.* 10. Sanchez *lib. 2. cap. 23. à num.* 87. Trullench *cap. 11. num.* 2. seguidos, y citados de Giribaldo *cap. 2. dub. 5. num.* 53. Lo qual procede, aunque los frutos hayan sido consumidos en el trienio, y por ellos se haya hecho mas rico el Posseedor. Y es la razon, porque aquello, en que se hizo mas rico, succede en lugar de los frutos consumidos; y por lo mismo prescribe tambien con el trienio con buena fé, como prescribirían los frutos, si acaso existieran. Así el citado Giribaldo con Sanchez *num.* 92.

VIGILIA 7.

Trata de la obligacion de los Guardas, Criados, y Conducidos, para la cobranza de los Tributos, Alcabalas, y Gabelas.

CASO 1.

Se examina la obligacion de restituir, que tienen los Guardas, que no cumplen con su obligacion.

I D.

I D. **C**Amilo, Guarda de una Garita, con salario proporcionado, permite que algunos entren por alto algunos generos, por un tanto que le dan. Se pregunta lo 1. si puede licitamente percibir el salario? Lo 2. si está obligado á restituir al Alcabalero lo que el Contrabandista debia pagarle? Lo 3. si en caso de haver impuesta multa, ó alguna pena por el fraude, debe restituirlo? Lo 4. si debe restituir la cantidad, que recibió, para que permitiese el ingreso oculto?

M. Respondo à lo 1. que como el titulo, que tiene Camilo, para recibir, y retener el salario, es el ser Guarda fiel de la Garita, y en ello procede con tanta infidelidad, no puede licitamente percibir, ni retener el salario, si acaso lo percibió; y así debe restituirlo, ó à lo menos debe restituir con proporcion à la infidelidad cometida. Al modo que, qualquiera Famulo, Operario, ó Sirviente, no puede recibir, ni retener el salario, con que se convino con el Amo, si no pone de su parte aquel trabajo, y servicio, à que por fidelidad, y por justicia, está obligado: y si yà lo percibió debe restituir à proporcion del trabajo omitido, ó de la negligencia, que tuvo. Es comun.

2 Mas difícil parece la respuesta à lo 2. por decir muchos Doctores ser probable, que las Leyes, y Estatutos penales, aunque sean mixtos de preceptivo, y penal, para la exaccion de las Gabelas, solo obligan en el fuero externo, y que no peca el que las defrauda, ni tiene obligacion de restituir, aunque ciertamente conste que son justamente impuestas. Así el Beato Angel Clavasio *V. Pedagogium num. 6. pag. 336.* Navarro *in Man. cap. 17. num. 200. & cap. 23. num. 54.* Beja *in Respons. part. 1. cas. 13.* Duart. *in Commen. Bullæ Coenæ lib. 2. Comm. 5. quæst. 12. num. 9.* y dan la razon, porque las leyes humanas, que tienen pena anexa de multa, ó confiscacion, no obligan en el fuero interno: la qual sentencia es tambien de Villalobos *in Sum. tom. 1. tr. 2. dub. 22. num. 6.* donde dice con Navarro, Gomez, Juan Andres, Metesila, y otros ser muy probable, que las leyes humanas civiles mixtas no obligan à culpa. Y que esta opinion, por lo que favorece à las almas, y ser de tantos hom-
bres

216

bres doctos, bien se puede seguir en la practica. Otros lo conceden, si no hay escandalo, ò peligro.

3 No obstante, la contraria sentencia comunmente se tiene por mas probable, y sus Patronos se fundan, en que la obligacion de pagar las Alcabalas, Gabelas, y otros tributos, es de Derecho Divino, segun se colige *Romanor.* 13. donde dice el Apostol: *Reddite ergò omnibus debita, cui tributum, tributum, cui vectigal, vectigal.* Y *Matth.* 22. *Reddite ergò quæ sunt Cesaris, Cesaris, & quæ sunt Dei, Deo.* Y fuera de esto, es tambien obligacion de Derecho natural, que obliga á tributar los congruos subsidios al Principe, y Señor natural, y á mirar por la conservacion del bien comun, que es el fin, para que se imponen los Vectigales, ò Gabelas, como con Lugo, Homobono, Lessio, Molina, y otros muchos, dice Giribaldo *tr.* 1. *de Just.* *cap.* 5. *dub.* 5. *§.* 2. *num.* 54. donde cita tambien á Diana *part.* 1. *de Legibus resol.* 19. alegando á Vega, Rodriguez, Graffio, Suarez, Ortiz, y otros. Y aunque Diana en su Obra Coordinada *tom.* 6. *tr.* 1. *resol.* 76. y 77 dice con otros que cita, y lo aprueba Giribaldo *num.* 57. que los defraudadores de las Gabelas pueden ser absueltos, si no quisieren restituir, pues siguiendo opinion probable, estàn dispuestos para la absolucion, cuyo modo de opinar tampoco reprueba del todo Ligorio *lib.* 3. *tr.* 5. *cap.* 2. *dub.* 6. *art.* 2. *n.* 606. con todo, las referidas razones fundadas en los expressados Textos, me hacen desviar de este sentir, que algunos estienden al caso en que estén arrendadas; pues los que las arriendan, y à saben, que se suelen introducir fraudes, y por la implicita condicion de este detrimento, las arriendan por precio menor. Pero adviertase, que la costumbre interprete de la Ley, suficientemente declara, que la voluntad de los Soberanos es estrechamente preceptiva; pues se dàn por ofendidos gravemente de los Vasallos, que les defraudan los Tributos, y Gabelas, y la costumbre tiene en estas materias mucha fuerza, como verémos tambien en el Caso siguiente. Por todo lo qual.

4 Respondo al caso, que si los que entran por alto los generos con ciencia, y dissimulo, que de ellos tiene Cami-
lo,

lo, no quisiesen, ó no pudieren restituir la Alcabala, que defraudaron, queda Camilo obligado á restituir, ó resarcir los daños causados al Dueño, por cuya cuenta corre la Alcabala. Y es la razon, porque Camilo fue causa de dicho daño, no impidiendo, por el tanto que le dieron, la entrada de los Generos, ni denunciando, como debia por su oficio, á los Contrabandistas. Afsi como el Criado, que se obliga á guardar la hazienda del Amo, y por no cumplir fielmente con su oficio, es causa de que lo roben, queda obligado á restituirle lo que le hurtraron por su culpa, ó emision culpable. Ni Camilo en el caso, es mas que un Criado, que supuesta la conduccion por justo salario, queda obligado de justicia á mirar por la utilidad, y comodidad del Amo. Luego debe restituir lo que al Amo le defrauda por culpa suya, aunque no perciba por ello cosa alguna.

§ Aun dicen muchos Doctores, que aunque el Criado no tenga especialmente cometido el cuidado de la hazienda del Amo, debe por justicia, por sola la razon del famulato, impedir los hurtos de los estraños; y por charidad, los hurtos de los demàs Concriados, y Domesticos. Y dán la razon, porque para esso les dà el Amo el salario: para que miren por su bien, comodo, y utilidad. Luego aunque no tengan obligacion de justicia á impedir los hurtos de los demàs Concriados, y Domesticos, porque obligarse á esto por justicia, debe tenerse por cosa dura, tienen obligacion de justicia á impedir los hurtos de los estraños. Afsi Lefsió, Lugo, Dicastillo, Navarro, Soto, y Diana citados, y seguidos de los Salmaticenses *de Restit. cap. 1. pun. 5. §. 3. num. 134* con Bonacina *disp. 1. quest. 2. pun. 11. num. 7.* y Layman *lib. 4. sect. 5. tr. 2. cap. 4. num. 7.* Y aun dicen algunos de ellos, que si el Criado vé, que otro Concriado, ó Domestico, recege los bienes del Amo, para irse con ellos, debe por justicia clamar, y impedir el hurto, si puede. Afsi lo tiene tambien Giribaldo *de Restit. cap. 3. dub. 5. num. 43.* con Rosignolo, Reginaldo, Hurtado, Tamburino *lib. 8. tr. 4. cap. 2. §. 6. num. 8.* y Antoniò del Espiritu Santo *disp. 29. n. 1423.* Y en caso que al Criado se le haya cometido con justo salario

218

el cuidado de la hacienda, ó de la cosa, que vè, ó sabe, que le hurtan al Amo, parece cierto lo dicho; no obstante, que algunos digan lo contrario, por lo que mira à los Concriados, y Domesticos. Vease tambien *Holzman de Rest. cap. 3. n. 437.*

6. De todo lo qual se infiere, que Camilo debe restituir, en nuestro caso, la Alcabala, que defraudò. Si yà no es, que el daño, que causasse al Dueño, fuesse leve; ó si dissimulasse, sin percibir dinero por ello en algun caso, en que hace juicio, que el Dueño no lo tomarà à mal: ó si en el Lugar, ó País, donde exercita el dicho oficio, fuesse recibido, ó por costumbre, ó por dissimulacion del Superior, de que el cumplimiento de su oficio no obliga con tanta carga, y severidad, como hablando de los Guardas de los Campos, Montes, Rios, y Puertas, para percibir las Gabelas, dice el citado Giribaldo *num. 48.* con Rosignolo, Bonacina, Tamburino, Antonio del Espiritu Santo, Letsio, y Reginaldo. Y con Rebello, y Dicastillo, los citados Salmaricentes *num. 135.*

7. A lo tercero respondo, que Camilo no està obligado à restituir la multa, ó pena, de que se hizo reo el Contrabandista, si lo huvieran cogido en el fraude. Y es la razon, porque el oficio de Camilo no es de enriquecer al Dueño con multas, sino de guardar la Garita, y cuidar de que no entren fraudes, y de que se pague la Alcabala. Y assi solo està obligado à restituir lo defraudado por su omision culpable, en el cumplimiento de su oficio: y no las multas, y penas, que huvieran pagado los Contrabandistas, si los huvieran cogido. Fuera de que, estas multas, y penas no deben pagarse sino por sentencia del Juez, la qual impedida por qualquiera causa que se impida, ni el Juez, ni el Dueño tienen derecho para cobrarlas. Assi Giribaldo *num. 49.* con Antonio del Espiritu Santo, Rosignolo, Bonacina, Diana, Tamburino, Letsio, y Tullench. Los Salmaricenses *num. 136.* con Silvestro, Dicastillo, y Tannero *2. 2. disp. 4. quæst 6. dub 2. num. 83.* Y los Casuistas de N. SS. P. Benedicto XIV. año de 1749. en *Octubre Caso. 1. pag. 241.*

8. A lo quarto respondo, que Camilo tampoco està obligado

gado á restituir la cantidad, que percibió de los Contrabandistas, para que les permitiese el ingreso oculto. Y es la razon, porque aunque Camilo pecò contra Justicia no clamando, y disimulando, y por esto debe èl restituir el derecho defraudado; no pecò contra Justicia recibiendo la cantidad, por su disimulo, y así no debe restituirla. Fuera de que, la dicha cantidad la recibió por el favor, que les hizo en disimular, lo qual es precio estimable. Así los citados Casuistas con Sporer *tr. 5. in 7. & 10. præcep. Decal. cap. 5. sess. 5. assert. 4. §. 4. num. 138.*
Asi tambien Giribaldo *num. 50.*

CASO 2.

Se examina si las Gabelas deben pagarse aunque los Cobradores no las pidan.

D. Porphirio no ignora los generos que se deben manifestar en la Aduana, ò Garita, para pagar lo que por ellos corresponde. Con todo, en algunas ocasiones, viendo, que el Alcabalero, ò Guarda, por la multitud de concurrentes, no puede atender à que todos paguen, entra con los suyos haciendose desentendido, sin que el Alcabalero, ò Guarda lo adviertan. Se pregunta, si Porphirio debe despues pagar, ò restituir el tanto correspondiente à los generos que entrò?

M. No pocos Doctores de los que tienen, que las Gabelas justas deben en conciencia pagarse, son de sentir, que ninguno está obligado à pagarlas, sino se las piden los Exactores, ò Cobradores; con tal, que no entre los generos ocultamente, ò no use de fraude, para no ser visto. Pues en tal caso, los dichos Exactores à sí propios deben imputar su descuido, y falta de vigilancia, en no pedir los derechos justos à los que publicamente entran con las mercaderias, por las quales se debe pagar derecho. Así Soto, Azor, Cordova, el Caspente, Poncio, Tabiena, Henriquez, Sanchez, seguidos de Mastrio *disp. 6. de obligat. just. quest. 1. art. 2. num. 20.* De los quales añaden algunos, que ni el que entra los generos ocultamente à propósito, debe pagar el derecho, si el Juez no se lo pide, segun se dixo

220

tambien en el Caso antecedente. Y otros dicen, que à lo menos, los que en buena fè, y sin dolo, entran los generos, ô los transportan, y los venden publicamente en ausencia de los Exaétores, ô Cobradores de las tales Gabelas, y tributos, no pecan, ni estàn obligados à restituir, aun en el caso, que el Exaéstor las tenga arrendadas. Pues fuera muy duro el que los Vendedores hayan de buscar, y esperar al Exaéstor, ô Cobrador, para pagarle. Y de ello inferen, que este tributo es de tal naturaleza, que no se debe pagar si no se pide.

2 Otros Doétores son de sentir, que los referidos derechos se deben pagar aunque no se pidan. Así Maldero *tr. 5. cap. 6. dub. 14.* citado de Giribaldo *de Just. cap. 5. dub. 5. §. 2. num. 59.* donde dice ser mas probable el que se guarde la costumbre, q̄ es interprete de la Ley. Pues así como la Gabela se puede imponer justamente, así mismo se puede imponer justamente la carga, y obligacion de manifestar los generos, por los quales debe pagarse: y cita tambien à Lessio *dub. 8. num. 61.* y Bonacina *disp. 2. quest. 9. pun. 1. num. 6.* Lo mismo dice nuestro Fábri *disp. 48. cap. 1. num. 26.* con Covarruvias, y otros. Y nuestro Rubeo *disp. 25. de Gabellis resol. 1.*

CASO 3.

Se resuelve, si los Guardas, que se esconden para coger à los Contrabandistas, proceden bien.

1 D. **L** Adislao, Guarda de la Garita vulgarmente llamada de San Pablo, tiene denuncia de que Marcial entra alguna vez generos por alto, ô contrabandos. Y en este supuesto, se esconde, por ver si lo puede coger, como solemos decir, con el hurto en las manos, para hacerle pagar la pena impuesta. Se pregunta, si peca Ladislao?

M. Respondo con distincion: O Ladislao tiene por fin principal de esconderse el coger con el fraude à Marcial, para que pague la pena, ô tiene por fin principal el hacerse temible para mejor cumplir con su cargo, y para que sirva à los

OTROS

otros de escarmiento, y no entren fraudes, ô contrabandos? Si el fin es solamente para que Marcial pague la pena, sin duda peca contra charidad. Si el fin es, para que con el castigo de Marcial cumpla mejor con su officio de cuidar la Garita, y los demás no se atrevan á entrar fraudes, en este caso, algunos probablemente lo escusan de pecado, y es sentencia de Bonacina, Tamburino, y Gaspar Hurtado, seguidos de Giribaldo *de Scandalo cap. 7. dub. 4. num. 24.* Con todo, otros muchos Doctores lo condenan á pecado; y la razon es, porque no es licito permitir el pecado del proximo con solo el fin de que, cogido en él, sea castigado: pues el castigo de sí no es bueno, ni apetecible, sino supuesto el pecado; y el quererlo antes del pecado, y por el pecado, es querer el pecado. Afsi Palao, y Trullench, alegados de Giribaldo *num. 23.* y es tambien de Bonacina *de Peccat. quest. 4. pun. 4. §. unic. num. 28.* y Tamburino *lib. 5. in Decal. cap. 1. §. 4. num. 3.* Con todo, como sea tambien cuestionable, si Marcial peca, ô no peca en dicho caso, y Ladislao no solo quiere el castigo de Marcial, sino que los otros escarmienten, y tengan miedo; creo, que en algun caso se puede tener el hecho de Ladislao ciertamente por licito; con tal, que el castigo, ô pena, que se le ha de seguir á Marcial, no sea excesivo, ô muy grave.

2 D. El Padre licitamente puede no solo permitir el hurto de su hijo, con el fin de corregirle, sino que licitamente puede ofrecerle ocasion de hurtar, ô dexando á la vista la llave del arca, como por olvido, ô dexando dinero en lugar donde el hijo pueda tomarlo. Luego tambien podrá Ladislao, siempre que quiera, esconderse, para coger á uno, ô otro Contrabandista, con el fin de que su captura sirva á él, y á todos de correccion, haciendole pagar la pena.

M. Respondo, que el Padre pecaria en el caso puesto en sentencia de Bonacina *disp. 2. de Peccat. quest. 4. pun. 2 §. unic. num. 31.* de Basseo *V. Scandalum §. 4.* de Sanchez *lib. 10. de Matrim. disp. 12. num. 55.* y de otros, fundados, en que el ofrecer ocasion de pecar, es tacita, ô expresa volicion, y accep-

222

tacion del pecado. Pero dado caso, que el Padre no peque en dicho caso, como dicen otros muchos con Trullench *lib. 1. in Decal cap 6. dub. 5. num. 22.* Antonio del Espíritu Santo, Tamburino, y Gaspar Hurtado, seguidos de Giribaldo *num. 27.* fundados, en que la dicha permisión, y oblacion no es intrinsecamente mala, y que se puede cohonestar por el fin de que el hijo sea corregido; y que por ser medios de su naturaleza indiferentes, no arguyen que el Padre quiera, ni apruebe tacita, ni expressamente el hurto del hijo: con todo, es mucha la discordancia, que se versa entre uno, y otro caso. Pues el fin principal del Padre, en el caso alegado, es la correccion charitativa del hijo: pero el fin principal de Ladislao en coger à Marcial, para que pague la pena, es la correccion judicial. Y por lo mismo, el Padre se puede excusar de pecado; pues desea la correccion del hijo, segun la charidad. Pero Ladislao desea la de Marcial, segun el rigor de la Justicia. Y ofreciendole ocasion para que incautamente caiga en sus manos, faltaría muy probablemente à la charidad, siendo excesivo, ò muy notable el castigo, y pena, que se le ha de seguir à Marcial.

3 Si el fin de Ladislao en esconderse para coger à Marcial fuera solo para corregirlo, y para que se enmiende, en tal caso, llanamente se puede decir, que Ladislao no peca. Y han de consentir en ello quantos afirman ser licito permitir el pecado del proximo con el fin de que cogido en él, sea corregido; con tal, que sea cierta, ò muy probable la esperanza de que se ha de enmendar, fundados, en que en tal caso, la correccion, ó enmienda del delincuente, es causa suficiente, para cohonestar dicha permisión. Así Palao *disp. 6. pun. 5. num. 2.* Bonacina, Tamburino, Trullench, y Navarro, seguidos de Giribaldo *num. 25.* con Antonio del Espíritu Santo *de Charit. disp. 3. pun. 6. num. 172.* El que deséare mas noticias sobre esta materia, lea à mas de los citados à Ligoriol *ph. 3. rr. 5. cap. 2. dub. 6. art. 2.*

à *num. 615.*

VIGILIA 8.

De los que no impiden el hurto, y cooperan á él.

CASO 12

Se examina, quando queda obligado á restituir, el que pudiendo impedir un hurto, no lo impide.

I D. **S**abbas bien puede impedir dando de gritos, que los Ladrones no roben á Melchiades; pero por odio que le tiene, no solo no lo impide, sino que disuade á Nestor, que quiere gritar, para que no grite, y los atemorize. Se pregunta, á qué queda obligado Sabbas?

M. Supongo, que ni Sabbas, ni Nestor, tienen obligacion de Justicia, ó por contrato, ó por razon de officio, ó por otra causa, y titulo, de impedir el hurto de Melchiades. Porque si la tuvieran, sin duda quedaria Sabbas obligado á restituir, no restituyendo los Ladrones. Aun en el caso, que Sabbas no tuviera obligacion de guardar los bienes de Melchiades, y de impedir el que lo roben, si la tuviera Nestor, y Sabbas lo disuadiera de que impidiese el hurto dando de gritos, quedaria obligado Sabbas á la dicha restitucion. Y es la razon, porque Nestor, en dicho caso, pecaría contra Justicia con obligacion de restituir: luego tambien Sabbas, que por disuadir á Nestor de que gritase, fue causa de que no impidiese el hurto, pecaría tambien contra Justicia, y quedaria con obligacion de restituir. Y la razon de esta razon es, porque la disuacion, y consejo de Sabbas se especifican por el objeto, que en el caso, es la omision de Nestor en no impedir el hurto, que por Justicia está obligado á impedir. Luego asi como Nestor peca contra Justicia, no impidiendo el hurto, y queda obligado á la restitucion, asi tambien Sabbas, por cuyo consejo, y persuacion no lo impide, peca contra Justicia, y queda obligado á restituir. Así Lugo *disp.* 19. *num.* 101. Trullench *lib.* 7. *cap.* 13. *dub.* 3. Tamburino *lib.* 8. *tr.* 14 *cap.* 2. §. 6. *num.* 4. y Bonacina *pun* 11, *num.* 3. seguidos de Giribaldo de *Rest.* *cap.* 3. *dub.* 5. n. 44.

2 Pero

224

2 Pero si ni Sabbas, ni Nestor se huvieren obligado por contrato, ó lo estuvieren por otro titulo, á guardar los bienes de Melchiades, en tal caso, solo pecan contra charidad, y ni uno, ni otro están obligados á restituir. Pruebasse, hablando de Sabbas, que es el que procede peor, disuadiendo á Nestor de que impida el hurto. Porque así como Nestor no clamando, y no impidiendo el hurto, solo peca contra charidad, y no queda obligado á restituir; así tambien Sabbas, disuadiendo á Nestor de que clame, y impida el hurto, solo peca contra charidad, por la misma razon de antes: porque su disuacion, y consejo participan la malicia de la cosa disuadida, y aconsejada. Y en el caso, lo disuadido, y aconsejado, que es el que Nestor no dé gritos, y impida el hurto, solo es contra charidad, no contra Justicia; pues suponemos, que Nestor ninguna obligacion tiene por Justicia de cuidar de los bienes de Melchiades. Luego aconsejandole Sabbas, que no impida el hurto, y disuadiendolo de que dé gritos, y ahuyente á los Ladrones; no peca contra Justicia, ni queda obligado á restituir. Bien, que por el odio, que tiene á Melchiades, es mucho mayor su pecado contra charidad. Mas adviertase, que esta resolucion debe entenderse en la suposicion, que ni Sabbas, ni Nestor proceden con fraude, ó dolo. Porque si por dolo, ó fraude suyo, Melchiades cayesse en manos de Ladrones, y lo robassen, y ellos no lo impidiesen, en tal caso, no solo pecarian contra charidad, sino tambien contra Justicia. Y es la razon, porq̄ aunque Melchiades no tenga derecho para que Sabbas, y Nestor le defiendan la hacienda de Ladrones, y le impidan el que lo roben; tiene derecho para no ser robado por fraude de ellos: al modo que, tambien tiene derecho, para que por fraude, dolo, ó fuerza de otro, no sea despojado de sus bienes, ó se le impida el que se le haga un bien, aunque sea gracioso. Así Bonacina, Lugo, Trullench, y Tamburino, alegados de Giribaldo n. 45. con Antonio del Espiritu Santo *disp.* 29. n. 1411. y Rosignolo *pranot.* 12. *sect.* 7. á num. 7. Pero si impidiere que se haga á otro un bien, solo por odio, sin fraude, ni dolo, aunque algu:
nos

225

nos lo obligan á restituir, es mas comun que no está obligado.
Vease Ligorio *lib. 3. tr. 5. cap. 2. dub. 4. num. 584.*

CASO 2.

Se resuelve si el que recibe dinero del Ladron para que no le impida el hurtar, ni lo descubra, debe restituir.

1. D. **B**eltran sabe, que á un Vecino suyo le roban ocultamente los bienes. Y sabiendo el Ladron, que Beltran puede descubrirlo, le dá una porcion de reales, para que no lo descubra, ni le impida el que prosiga hurtando. Se pregunta, si debe Beltran restituir, no restituyendo el Ladron?

M. Respondo, que si los reales, que el Ladron le dá á Beltran, son parte del hurto, en tal caso, debe restituirlos. Y es la razon, porque la cosa clama por su Dueño: y assi, á este debe restituir Beltran la parte del hurto, que percibió del Ladron. Ni cumple con bolverfela al Ladron; sino que la debe restituir á su Dueño, por quien clama el tal dinero. Pero si los reales, que Beltran percibió del Ladron, para que callasse, y no le impidiese el hurto, eran propios del Ladron, en este caso, hay dos sentencias. Muchos, y graves Doctores dicen, que el que calla, y no impide el hurto por el dinero, que el Ladron le dá para que calle, y no lo impida, debe restituir al Dueño lo que el Ladron le hurta, si el Ladron no restituye. Y es la razon, porque el q̄ por dinero calla, y no impide el hurto, no solo concurre á él negativamente, sino positivamente, como comunmente se dice, que concurren los seis primeros, que expresa el siguiente verso: *fussio, consilium, consensus, palpo, recursus, participans, mutus, non obstans, non manifestans.* Y esto parece claro; pues asegurado el Ladron de que el que puede impedirle el hurto, ò descubrirlo, no lo descubrirá, ni se lo impedirá por el dinero, que le dió, se hace mas animoso, y roba con la seguridad, que no robaria, si el otro no le afianzara, que no lo descubriria, ni le impediria el hurto por el dinero, que le dió. Assi Molina *disp. 735. num. 3.* Bonacina *quæst. 2. pun. 11. num. 14.* Trullench lib.

226

lib. 7. cap. 13. dub. 3. n. 13. Lefsiolib. 2. cap. 13. num. 68. Rosignolo *prænot.* 12. *sect.* 7. num. 9. Antonio del Espíritu Santo *disp.* 29. num. 1422.

2 Con todo, otros Doctores tienen por bastantemente probable, y aun por mas probable, que el que por dinero calla, y no impide el hurto, no está obligado á restituir. Y dán la razon, porque este no peca contra justicia; pues no tiene obligacion de guardar la cosa hurtada por titulo alguno de justicia, como suponemos: luego así como en caso de no recibir dinero del Ladron para que calle, y no le impida el hurto, no queda obligado á restituir, tampoco queda obligado recibiendo dinero para que calle, y no impida el hurto. Porque si sin injusticia puede callar sin precio, tambien lo puede hacer con precio. Ni obsta, que por el dinero, que recibe del Ladron, para que calle, y no impida el hurto, se haga el Ladron mas animoso, y robe con mas seguridad: pues los ruegos, y promessas, tambien pueden dár al Ladron el mismo animo, y la misma seguridad: y con todo, el que promete al Ladron, que no lo descubrirá, ni le impedirá el hurto, no queda obligado á restituir. Así Soto *lib.* 4. *quest.* 7. *art.* 3. Navarro *in Man.* cap. 17. num. 21. citados, y seguidos de Diana *part.* 4. *tr.* 4. *resol.* 64. Villalobos *tr.* 11. *dis.* 7. num. 12. y otros, que citan, y siguen Giribaldo *de Restit.* cap. 3. dub. 5. num. 47. donde alega por sí tambien á Rosignolo *lib.* 10. cap. 9. num. 94. y Tamburino §. 6. num. 6. y los Salmaticenses *de Restit.* cap. 1. *pun.* 5. §. 3. num. 133. alegando tambien por sí á Lugo, y Dicastillo.

CASO 3.

Se examina, si el que aconseja á otro, que hurte, y antes revoca el consejo, queda obligado á restituir.

1 D. **L**Upicino aconseja á Liberiano, hombre de malas entrañas, que robe á Leovigildo. Arrepentido despues de su iniquo consejo, lo retrata, y lo revoca eficazmente, antes de efectuarse el hurte, que no obstante su revocacion, pone Liberiano por obra. Se pregunta, si Lupicino queda obligado á restituir?

M. Ref-

M. Respondo ser sentencia de muchos Doctores, que revocando Lupicino eficazmente su consejo, antes que Liberia no execute el hurto, no queda obligado á restituir. Al modo que, el que manda á otro que hurte, y antes de efectuarse el robo, revoca eficazmente su mandato, tampoco queda obligado à la restitucion; si no obstante la revocacion de su mandato, se sigue despues el hurto. Así Merbesio, Reginaldo, Azor, Navarro, y otros, que cita Ligorio *cap. 2. de Restit. dub. 2. num. 559.* con Concina *tom. 7. pag. 134.* y en el Compendio *lib. 9. dissert. 2. cap. 2. num. 13. pag. 23.* donde dice, que si el Consejero revoca su mal consejo con sinceridad de animo, y con toda industria, es mas probable, que no debe restituir, aunque despues se siga el daño. Así tambien Viva *de Restit. quest. 3. art. 2. num. 3.* Layman *lib. 1. tr. 5. part. 3. cap. 5. num. 7.* donde, aunque sigue la contraria, dice ser muy probable; y Roncaglia *de Restit. cap. 4. quest. 4. Reg. 2.* la tiene por probabilissima. Es tambien de Pedro Navarra, Avila, Tannero, y otros, que cita, y sigue Antonio del Espiritu Santo *disp. 19. num. 142.* y de ello deduce, que el que aconseja á una Muger el aborto, si antes que ella lo intente, revoca seriamente su mal consejo, no queda irregular, si no obstante que lo revoca, y retrata, no puede disuadirla de que lo procure; y cita tambien por sí à Henriquez, Villalobos, y Diana *part. 3. tr. 2. de Irregul. resol. 11.* como atestigua Giribaldo *de Rest. cap. 3. dub. 2. num. 17.*

2 Otros muchos Doctores son de sentir, que Lupicino en el caso, queda obligado à restituir. Y dán la razon, porque el consejo no influye por perseverar en la voluntad del Consulente, sino por la utilidad, comodidad, ò otro motivo, que el Consulente manifestó en el hecho, que aconsejó: y por lo mismo, aunque despues lo revoque, siempre es causa moral del daño: pues su consejo, aunque revocado por él, es el que influye en el daño causado; y así queda el Consulente obligado à restituir. Y à la paridad de arriba, responden haver mucha discordancia entre el Consulente, y Mandante; pues lo que se hace por mandato, se hace todo en gracia del Mandante, sin mas moti-

228

vo que su voluntad. Y por lo mismo, revocado el mandato en tiempo, de ningun modo influye el Mandante en el hecho, que despues de su revocacion, executa el otro por su depravada voluntad. Pero el consejo no influye por sola la voluntad del Consulente, sino que principalmente influye por razon del motivo, q̄ el Consulente manifiesta; y assi, no obstante, que se revoque, puede influir por razon del tal motivo, y quedar el Consulente culpable, y obligado à restituir. Assi Lugo *disp.* 19. *num.* 42. Molina *tom.* 2. *disp.* 736. *num.* 7. y Rosignolo *disquisit.* 2. §. 41. *num.* 2. donde dice ter sententia comun.

3 Otros muchos Doctores distinguen, y dicen, que si el Consulente maliciosamente diò un consejo falso, diciendo, que un contrato usurario es licito, ò que un pleyto injusto es justo, y assi de otros, en tal caso, revocando su consejo en tiempo, no queda obligado à restituir. Y lo mismo se debe decir, si el Consulente propone por motivo una historia falsa, como si en el caso, Lupicino le huviera dicho à Liberiano, para inducirlo à el hurto, que Leovigildo havia causado algun perjuicio à él, ò à los suyos. Y es la razon, porque entonces, con sola la revocacion de su falso consejo, y retratacion de su mentira, quita suficientemente el motivo impulsivo, para causar el daño. Pero si el mal consejo, que diò, fue verdadero, manifestando la utilidad, honor, ò comodidad, que se ha de seguir del hurto, ò de qualquiera otra obra iniqua, en tal caso, si no obstante la revocacion del consejo, antes que la iniquidad se cometa, el otro la executar, dicen, que el Consulente queda obligado à la restitucion, y à resarcir el daño. Y dan la razon, porque en tal caso, la manifestacion del comodo, honor, y utilidad, de que es causa el Consulente, es la que mueve al otro à executar la maldad: y la causa de la causa, es causa del causado. Assi Bonacina *quest.* 2. *pun.* 7. *num.* 6. con Lessio, Azor, y Vazquez, y los sigue Giribaldo *num.* 19. donde tiene este modo de opinar, que parece dista poco del referido en el *num.* 2. por mas probable. Y en esta arencion, si quando Lupicino aconsejó à Liberiano, que robasse à Leovigildo, le diò juntamente el arbitrio, traza,

y

y modo, como havia de executar el robo, si despues revocando en tiempo su consejo, no pudiesse disuadir à Liberiano de su mal concebido intento, y en efecto se siguiera el hurto, es sentencia de muchos, que queda obligado à restituir. Y es la razon, porque aunque revoque su consejo en tiempo, con todo su traza, su modo, y el arbitrio, que diò à Liberiano, influyen en el robo, que este hace. Al modo que, el que pega fuego maliciosamente á una casa, ò à una miez, queda obligado à restituir el daño; aunque despues de haver pegado fuego, se arrepintiere, y pusiere todo el posible conato para apagarlo, y no pudiere. Así tambien Holzman *de Restit. cap. 3. num. 439.* con Sporer *de Restit. cap. 3. num. 21.* La Croix *lib. 3. part. 2. num. 28.* Mezguer, y Babenstuber, y añade ser bastante comun. Y lo confirma con el que presta á otro una arma para dañar al próximo, que aunque despues de prestada, para dicho fin, se arrepienta, y no pueda disuadirlo del mal intento, con todo es causa del daño. Así tambien Habert, Lugo, Toledo, y otros, que sigue Ligorio en el citado *num. 559.* donde aunque confiesa que la sentencia contraria es probable, tiene esta por mas probable. Y parece hacer no poco al intento la prop. 39. que condenó N. SS. P. Innocencio XI. que decia: *Qui alium mover, aut inducit ad inferendum grave damnum tertio, non tenetur ad restitutionem illius damni illati.*

4 Mas, porque la opinion, que libra à Lupicino de restituir en nuestro caso, no carece de probabilidad, y es de tantos Doctores, se puede responder á la primera paridad del numero antecedente, que el fuego es causa que necessariamente obra: y por lo mismo, el que con malicia pegò fuego á la casa, ò miez del proximo, debe resarcir el daño causado, aunque despues de prendido el fuego, se arrepienta, y haga diligencia para apagarlo, y no pueda conseguirlo. Pero el consejo (y lo mismo se debe decir del mandato) no es causa necessaria del hurto, ò otro daño, que comete Liberiano, pues puede, y debe despreciarlo, y mucho mas revocandolo el Consultante: y así una vez revocado eficazmente, y con toda la posible induf-

230

dustria, si con todo se sigue el daño, solo se sigue por depravada malicia de quien lo causa, como con otros, que alegan, dicen tambien los Salmaticenses *de Rest. cap. 1. pun. 5. §. 2. num. 117*. Ni tampoco es cierto por la misma razon, que el que presta à otro una arma con el fin de causar daño, sea causa inmediata influxiva del daño, si despues que se la prestò, procura por todos los posibles medios, disuadirlo de su mal intento, especialmente, si le propone por medio la salud eterna, que debe preponderar mas en el aprecio de qualquiera Christiano, que todas las razones, y fines humanos. Pero es de advertir, que si en los referidos casos, no pudiere Lupicino persuadir à Liberiano à que desista de su intencion depravada, debe por justicia dár à Leovigildo el correspondiente aviso, si puede, para que se guarde; como con los Salmaticenses, y Sporer dice rectamente Ligorio en el citado *num. 559*.

5 *D.* Pongamos el caso de otro modo, y supongamos, q̄ Lupicino no revocò el consejo, que diò à Liberiano, de que robasse à Leovigildo, como en efecto lo robó. Pero quando Lupicino le dió el consejo, yà Liberiano estaba determinado, y resuelto à executar el tal robo. Queda Lupicino obligado à restituir?

M. Respondo, que aunque Lupicino pecó en el caso, por el mal animo, y deseo, de que Liberiano robe à Leovigildo, no queda obligado à restituir: pues no es causa eficaz de un hurto, que aunque èl no lo huviera aconsejado, asì mismo se huviera seguido: y asì, la injuria que hizo à Leovigildo, fue sin daño de su parte, por estàr ya determinado Liberiano à hacer el mismo hurto. Asì Holzman *num. 436*. los Salmaticenses en el citado *pun. 5. à num. 111*. Giribaldo *n. 15*. Ligorio *n. 561*. con Viva, Lessio, Molina, Vazquez, Elbel, y el Señor Santo Thomàs *Opusc. 73. cap. 20*. Y añade el citado Ligorio con Viva *quest. 3. arr. 3. num. 3*. que si Liberiano se mueve à executar el hurto por el consejo de Lupicino, se ha de decir lo contrario. Bien, que si esta limitacion no procede en caso que Liberiano se mueva à executar mayor hurto por consejo de

de Lupicino, no convengo en ella. Pues aun en el caso que Lupicino no aconsejara à Liberiano el hurto en quanto à la substancia, sino en quanto al modo, ò circunstancia, diciendole, que lo executara cautamente, ò que no lo hiciera oy, sino mañana, es muy probable, que no quedaria obligado à restituir: pues no fuera causa eficaz del hurto, sino de la circunstancia, y modo. Ni tampoco quedaria obligado à restituir, si queriendo Liberiano hurtar à Leovigildo un Caballo, que vale veinte pesos, le aconsejara, que le hurtasse una Mula del mismo valor: pues en este caso el consejo no se debe tener por absoluto, sino por condicionado, como si dixera: si estàs determinado à hurtar, mas antes hurta la Mula, que el Caballo. Pero si queriendo Liberiano hurtar una cosa, que vale veinte pesos, le aconsejara, que hurtara otra, que vale ciento, en tal caso, si quedaria obligado à restituir Lupicino los ochenta pesos mas, que Liberiano hurtò por su consejo, si este no restituye: pues fuera causa eficaz, por su consejo, del hurto, en quanto al referido exceso, como con muchos, q̄ citan, y siguen, dicen los Salmaticenses num. 112. y Giribaldo num. 15. Y es doctrina del Señor San Antonino de Florencia *part. 2. tit. 1. cap. 12. §. 12.* donde hablando del Mandante, Consulente, Consensiente, Palpon, &c. dice: *Si autem etiam sine opere istorum, seu consilio, mandato, & hujusmodi, fuisset nihilominus facta rapina, vel damnificatio, & nihil plus per quodcumque opus illorum additum est, non tenentur, nisi quantum de rapina pervenisset ad eos. Si vero aliquid plus factum est ex mandato, vel consilio, vel alijs hujusmodi, ad illud plus tenentur in solidum.*

CASO 4.

Se resuelve, si el que duda, si por su consejo, ò mandato, fue causa de algun hurto, ò de otro daño, està obligado à restituir.

1 D. **L** Eodegario duda si por su consejo, mandato, consentimiento, taciturnidad, adulacion, ó otro motivo, fue causa de que Liberio executasse un hurto, ò hiciesse algun daño al proximo;

232

ximos; y pregunta, si está obligado à restituir, ò á resarcir el daño?

M. Respondo ser: sentencia muy probable, y de muchos Doctores, que Leodegario, en el caso, no està obligado à restituir, ni à resarcir el daño causado por Liberio. Pues ninguno està obligado à restituir, sino consta de que tenga cierta obligacion; y esta no es cierta, quando ciertamente no consta de que es verdadera causa del hurto, ò daño. Fuera de que, en igual causa el Reo debe ser absuelto segun la Ley 2. ff. de condit. ob turpem causam. Y en las dudas, es mejor la condicion del que pòsee: y Leodegario en el caso, duda del daño causado. Luego no teniendo certeza moral de que lo causó, puede practicamente deponer la duda especulativa, y quedar en possession de la indemnidad de la restitution. Así Dicastillo, Lesio, Henriquez, Bonacina, Sayro, y Rebello, citados, y seguidos de los Salmaticenses de Rest. c. 1. p. 5. §. 1. n. 113. donde resuelven lo mismo del que està cierto, q̄ causó daño hiriendo à otro, y duda, si la herida fue causa de la muerte; y alegan aquella regla del Derecho in 6. *In obscuris minimum est sequendum*. Es tambien sentencia de Busenbaum, Navarro, y otros, que cita, y sigue Ligorio de Rest. cap. 2. dub. 2. num. 562. y Concina tom. 7. de Just. diff. 2. cap. 9. §. 1. num. 4. y alegan al Señor Santo Thomàs 2. 2. quest. 62. art. 7. donde dice: *Unde tunc solum tenetur Consiliator, aut Palpo ad restitutionem, quando probabiliter estimare potest, quod ex hujusmodi causi fuerit injusta acceptio subsequita*. Y advierten los citados Ligorio, y Concina, que por la palabra *probabiliter* entiende el Angelico Doctor persuasion, y certeza moral.

2. Otros muchos Doctores tienen tambien por muy probable, y algunos por mas probable, que Leodegario en el caso debe restituir, y resarcir el daño. Y dàn la razon, porque si hecha la diligencia para salir de la duda, esta permanece en su ser, se ha de presumir, que el consejo, ò mandato de Leodegario influyó en el hurto, ò daño causado por Liberio: y que este no lo huviera executado, si no fuera instigado del mandato, consejo, ò influxo de Leodegario. Ni en el caso puesto, es igual la causa, como dicen los Doctores de la opinion contraria; pues
cier-

ciertamente consta del mandato, consejo, adulacion, &c. y solo se duda del influxo de estas: y por lo mismo, como de la causa consta con certeza, la presumpcion debe estår por el influxo. Ni tampoco en el caso, està la possession por la libertad de Leodegario mandente, ò consulente, sino por el mandato, ò consejo, que ciertamente consta le dió à Liberio: luego constando ciertamente de su mandato, ò consejo, se debe presumir, que estos dieron el influxo à Liberio para el hurto, ò daño, que causò Al modo que, quando ciertamente consta, q̄ uno hizo un voto, y se duda, si tuvo, ò no tuvo intencion de obligarse, se debe presumir, que tuvo tal intencion. Así Habert *tr. 4. cap. 4. §. 2. q. 4.* Lugo *disp. 19. num. 21.* Sanchez de Matr. *lib. 2. d. 41. n. 17.* Roncaglia de Restit. *c. 4. quest. 1. reg. 3.* Molina, Fagundez, Arriaga, y otros, que siguen Bossio *part. 2. Variar. Moral. tit. 1. n. 1375.* y Giribaldo de Restit. *cap. 3. dub. 2. num. 22.* con Diana *part. 4. tr. 3. resol. 28.* De los quales unos son de sentir, que si hecha la suficiente diligencia, para salir de la duda, aun dudáre Leodegario, si su mandato, ò consejo fue causa del hurto, ò daño, debe restituir, ò resarcirlo todo, ò por entero. Otros dicen, que solo debe restituir, ò resarcirlo, á proporcion de la duda. Pero es probable la primera sentencia, que dice, que à nada queda obligado; y conforme à lo que queda dicho en la Vigilia 6. Caso. 1. num. 3. con Giribaldo. Veanse las respuestas à los reparos contrarios en Ligorio.

VIGILIA 9.

De los Cooperadores, y herederos del Usurero: del que restituye por medio del Confessor: y del Confessor, que erroneamente manda, ò escusa de restituir.

CASO 1.

Se resuelve, que el que coopera à las usuras, ò hereda al Usurero, debe restituir.

I D. **K**Illiano y Gemelio, Caxeros, y Sobrinos de Kaunusio, concurren con su Tio à varios tratos usurarios, haciendo

234

do sus nezes, aun quando está ausente. «Enferma gravemente Kaunusio, y ciega con la codicia, ò porque no lo advierte, hace testamento; pero nada determina, tocante à la restitucion de lo mal ganado: antes bien, cumplidos unos comunicados, que les hace, los dexa por herederos del remaniente. Se pregunta, si Kiliano, y Gemesio, muerto assi Kaunusio, deben restituir, y si no queriendo, ò no pudiendo restituir uno de ellos, està obligado el otro à restituir in solidum. Y si Luareana, à quien le dexò un Legado, està tambien obligada à restituir?»

M. Respondo à lo primero, que si el concurso de Kiliano, y Gemesio, à las usuras de su Tio, fue solamente escribir en los libros de cuenta las deudas, ò contar, y recibir el dinero, es muy probable, que este modo de cooperar, y concurrir no induce obligacion de restituir; pues es una cooperacion, ò concurso remoto, ò solamente material, como con Salas, Bonacina, Rosignolo, y Antonio del Espiritu Santo, tiene Giribaldo de Mur. cap. 3. dub. 14. num. 150. donde tambien escusa de la obligacion de restituir à los Factores, y Famulos de los Usureros, que en su nombre, hacen contratos usurarios, y obligan à los Mutuuarios à que paguen las usuras, si ignoran invenciblemente, que los tales contratos son usurarios, y illicitos. Assi tambien Palao de Just. commut. disp. 4. pun. 26. in fin. con Molina, Salas, y Lefio. Pero si procedieren con conocimiento de que los dichos tratos son usurarios, aunque Silvestro, Vega, Tabiena, y otros, los escusan tambien de restituir, fundados en que solamente son causa material, ò por accidente, de las usuras, es mas comun, que deben restituir, como con Medina, Valencia, Molina, Salas, y otros, tienen Palao num. 9. y Giribaldo num. 150. Pero si Kiliano, y Gemesio concurren à las usuras de Kaunusio efectivamente, persuadiendole, y aconsejandole dichos tratos, en tal caso, aunque no los instituyesse su Tio por herederos, quedaban obligados à restituir, à proporcion del daño causado por su influxo, no restituyendo su Tio: y aun en el caso, que este no pudiesse restituir, si ellos podian. Y es la razon, porque en este caso, persuadiendo, y aconsejando à su Tio dichos tratos, fueron causa efi-

caz

caz de los daños causados: no menos, que si le aconsejában que hurtasse. Siendo de advertir, que la usura tiene gran parentesco con la rapina, segun el *Can. Si quis usuram* 14. *quest.* 4. como con Soto, Navarro, Paludano, Salonio, Molina, Salas, y otros tienen Bonacina *pun.* 15. *num.* 11. Rosignolo *Contr.* 3. *prænot.* 17. *num.* 3 y los citados Giribaldo *num.* 147. y Palao *num.* 4. contra otros, que fundados en que el Mutuatario puede abstenirse de pagar las usuras, entienden que Kiliano, y Gemesio no son causa eficaz de ellas en este caso; ni pecan contra la Justicia commutativa, sino solo contra charidad, como Gabriel, Silvestro, Juan Medina, Toledo, y Saa, citados de Palao *num.* 3. Pero tengo la primera sentencia por verdadera, y es tambien de los Casuistas de N. S. S. P. Benedicto XIV. año 57. en *Octubre Caso* 1. *pag.* 132. y la estiende muy fundadamente el citado Palao contra Silvestro, à los Proxenetes, vulgo Corredores, que hacen las veces del Mutuante usurario, buscando Mutuatarios, y persuadiendo os, à que reciban el dinero à mutuo, con usuras. Bien, que los escusa en el *num.* 2. si no hicieren las veces del Mutuante, sino del Mutuatario, buscando quien les dè dinero con usura; porque en este caso, no pecan contra la Justicia commutativa: pero pecaràn contra charidad, si facil, ó comodamente, pueden impedir este pecado, y no lo impiden.

2. Respondo lo segundo, que Kiliano, y Gemesio deben restituir toda la porción heredada de su Tio, que saben fue adquirida con usura: y si son igualmente coherederos, deben restituir igualmente: y si el uno fue mejorado, deben restituir à proporcion de la herencia. Y es la razon, porque la obligacion de restituir en el caso, es, porque los herederos representan la persona del difunto del modo que lo heredan: Luego no heredandolo, sino parcialmente, cada uno debe restituir à proporcion de la herencia. Así Cayetano, Molina, y Lessio, seguidos de Biribolomé de San Fausto de *Usur. quest.* 92. y con Soto, Toledo, Rosignolo, y Bonacina, Giribaldo *num.* 151. donde advierte, que si los bienes del difunto adquiridos con usu-

236

ra, existen en individuo, ó en especie, debe restituirlos así, y ante todo, aquel, á quien le cupieron, con daño comun de los demás coherederos; de suerte, que estos, no siendo toda la herencia adquirida con usura, deben integrarle al que le cupieron, el menoscabo, á proporcion de la herencia. Pongamos para mayor claridad, que de los bienes, que Kiliano, y Gemesio heredaron de Kaunusio, solo una casa fue adquirida con usura, y esta le cabe á Kiliano en la division de los bienes heredados. Debe pues, Kiliano restituirla, aunque Gemesio no quiera restituir á proporcion de la herencia; y es la razon, porque la casa, en tal caso, queda obligada á la restitucion con obligacion real; y esta la acompaña, tengala quien la tuviere, y recibala quien la recibiere, de los coherederos; pues la recibe con dicha obligacion. Pero le queda á Kiliano facultad de tratar despues con Gemesio el que igualen la herencia á proporcion: y debe hacerlo así Gemesio.

3 Respondo lo terceto, que si Gemesio no quisiera, ó no pudiere restituir en el caso, y la parte, que Kiliano heredò, es suficiente para restituir todo lo que Kaunusio havia adquirido con usuras, es muy probable, que debe Kiliano restituir por entero. La razon es, porque todos los bienes del Usurero pasan á los herederos con obligacion real de ser restituidos, como antes se dixo. Con la diferencia, que si Gemesio no se hizo insolvente, le queda facultad á Kiliano para tratar con él en juicio, ó fuera de juicio, el que igualen á proporcion la herencia. Veanse los citados Casuistas: y parece haverlo decidido así el Capitulo *Tuanos*, que es el IX. tit. de *Usuris*, sobre el qual dice así la Glosa: *Quasitum fuit à Papa, quid sit observandum de filijs Usurartorum, qui eis succedunt in crimine usurarum, aut etiam de extraneis heredibus, ad quos bona illorum perveniunt? Respondet Papa: quod filij eadem districtione cogendi sunt usuras restituere, qua parentes eorum cogentur si viverent; & idem est faciendum de heredibus extraneis :: Quia res transit ad successorem cum suo onere, vel causa.* Luego si los hijos, y herederos extraños, están obligados á restituir lo adquirido con usuras, del mismo modo, que el Padre,

dre, ó el otro, à quien heredan, lo estuvieran, si vivieran; siendo constante, que si estos vivieran, estarían obligados à restituir integramente, con qualquiera porcion existente de sus bienes, lo mismo se ha de decir de los hijos, ò de qualquiera otro heredero. Luego no queriendo Gemesio restituir en el caso, ò no pudiendo, si la parte, que heredó Kiliano, es suficiente para integrar toda la restitucion debida, queda obligado à ella. Bien, que si Gemesio no està insolvente, le queda facultad para tratar despues, de que lo iguale à proporcion la herencia. Esto no obstante.

4 Es tambien muy probable, que cada uno de los herederos del Usurero, solo està obligado à restituir à proporcion, por la parte de la herencia, que le cupo. Y es la razon, porque dividida entre ellos la herencia, tambien se divide la obligacion, por disposicion del Derecho: y esta no debe invertirse por la malicia, ó por culpa de alguno de ellos. Y en quanto al citado Capitulo del Derecho, se puede responder, que de él solo se prueba, que los herederos del Usurero deben juntamente concurrir à la restitucion de lo que el difunto debia restituir: pero cada uno con proporcion à su porcion, y no en defecto del otro. Así Cayetano, Medina, Silvestro, Soto, Molina, y otros, que alega Bonacina *quest. 3. pun. 15. num. 13. Palao disp. 1. pun. 18. §. 4. num. 3.* y los sigue Giribaldo en el citado *dub. 14. num. 152.* Y aun dice Navarra citado de Palao, que el referido Capitulo habla del hijo, ò heredero, que participa con el difunto Testador en el crimen de la usura; pues este queda obligado no solo *ratione rei acceptæ*, sino tambien *ex injusta actione*.

5 Respondo lo 4. que los Donatarios, y Legatarios, no quedan obligados à restituir lo que les legó ò donó el Usurero difunto, aunque los herederos no quieran restituir: con tal, que les queden bienes suficientes para la restitucion. Porque los Legatarios, ò Donatarios, no suceden en las cargas del difunto, ni representan su persona, como los herederos: y así Laureana puede quedar con el legado. Vease el citado Palao *num. 4.* donde alega à Medina, Pedro Navarra, Lessio, y Saa, y à Gi-

238

Giribaldo *num.* 153. alegando à Bonacina, y Rosignolo. Y es expressa doctrina del Señor San Antonino *part.* 2. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 1. donde dice: *Et ubi non sufficeret hereditas ad satisfaciendum, tenerentur Legatarij, & Donatarij, quia legari non potest, nec donari alienum.*

CASO 2.

Se resuelve, si el que restituye por medio del Confessor, ò de otra persona fiel, y lo que restituye perece, queda obligado à nueva restitucion.

1 D. **G**erimundo vezino de Guanajuato, embia à Nicoftrato vezino de Zacatecas, cien pesos, que le hurtò ocultamente, en el tiempo que fue su Caxero: y para no ser descubierto, se los remite por medio de un sacerdote, con el qual se confesò, y lo obligò à restituir: pero por haver perdido el Sacerdote el dinero en el camino, ò por haverlo rebado los Ladrones, no llegó el dinero à Nicoftrato. Se pregunta, si Gerimundo debe hacer otra restitucion?

M. Respondo lo 1. que el que restituye à otro lo que le debe, por medio del Confessor, ò de otra persona fiel, con designacion, ò consentimiento del Acreedor, no queda obligado à restituir de nuevo, aunque lo que se restituye por su medio perezca; ò bien, porque roba al internuncio, ò porque este contra la opinion que de èl se tenia, lo usurpa, ò porque por alguna casualidad lo pierde. Y es la razon, porque supuesto el consentimiento, ò eleccion del Acreedor, en que el hurto se le restituya por medio de tal, ò de tal Sugeto, este representa su persona, y hace las veces del Dueño; y assi, si la cosa perece, yá perece para el Acreedor: lo qual es comun. La dificultad està en el caso, que el Ladron, por no ser descubierto, ni infamarse, ò por no tener otro arbitrio para restituir, por hallarse distante el Acreedor, hace eleccion de Sugeto fiel, para remitirle el dinero hurtado, ò otra cosa que le hurtò, y esta perece en poder del Internuncio, por qualquiera causa que sea. Sobre cuya duda.

2 Respondo lo 2. que no pocos Doctores tienen por proba-

bable, que el que debè restituir por delito; ó injusta accep-
cion, cumple restituyendo por medio del Confessor, ò de otra
persona fiel, aunque esta por contingencia pierda la cosa, que
por su medio se restituye, ò por malicia la usurpe. Así Diana
coordenado *tom. 8. tr. 4. resol. 71. à num. 3. y tr. 7. resol. 45.*
nuestro Potestas *tom. 2. quest. 16. num. 179.* Soto, Gabriel, Le-
delma, y la tienen por probable Trullench, Feliu, y Cenedo,
citados de Ligorio *lib. 1. tr. 1. cap. 2. dub. 2. num. 39.* donde
revoca su antigua opinion; y de Giribaldo de *Restit. cap. 5. dub.*
3. num. 20. ni disiente del todo Palao de *Just. commut. disp. 1.*
pun. 17. §. 9. num. 4. Y Sabino alega por esta opinion á Tam-
burino *lib. 8. tr. 4. §. 5. num. 7. in fin.* à Lelsio, Reginaldo, y
otros, que no la tienen por improbable. Y dan la razon, por-
que en este caso, prudentemente se presume, que el Dueño, ò
Acreedor, consiente en que la cosa hurtada, se le restituya por
medio del Confessor, ò de otra persona fiel, puesto que el La-
dron no està obligado á infamarse: luego si perece, para el
Dueño perece, no menos que si pereciera, remitiendosela por
medio de ellos con expresse consentimiento, y eleccion del
mismo Dueño; pues el consentimiento tacito, y expresse, en
el caso, tienen una misma fuerza. Confírmase: porque el Con-
fessor, ò otro Internuncio, que se tiene por fiel, y por cuya ma-
no se hace la restitucion, para que el Ladron no quede infama-
do, se obligó, recibiendo lo que ha de restituir, tacitamente á
lo menos, à hacer la restitucion; y por lo mismo, recibiendo
en sí dicha carga, yà exoneró al Deudor, ò Ladron, de su obli-
gacion. Corrobórase: porque si el que restituye por medio del
Confessor, ò de otra persona fiel, no quedàra yà sin obligacion
de restituir, aunque la cosa peresca, especialmente, si el Inter-
nuncio la usurpa por malicia, en tal caso, el Acreedor mejora-
ria de condicion, y se le debieran hacer dos restituciones: una
por parte del Ladron; pues no satisfizo con lo que perció: y
otra por parte del Confessor, ò del Internuncio, que lo usurpó.
Algunos de los Patronos de esta opinion citan por ella á nues-
tro Venerable, y Sutil Maestro Escoto *in 4. dist. 15. quest. 2.*

240

§. de quarto. Pero la doctrina del Sutil Maestro en el citado lugar, creò ser muy distinta: pues lo que dice es, que quando el hurto fue oculto, no està el Ladron obligado à infamarfe, ni à restituir por sí mismo, sino que lo puede hacer por otra persona secreta, y fiel, y que conviene que lo haga por el Confessor, por haversele manifestado el delito en la confesion: y que de su fidelidad, se debe creer bastantemente que restituirá lo que se le comete, para que haga la restitucion. Pero no dice, que si ciertamente consta despues, que no restituyó, no queda yá obligado el Ladron à restituir nuevamente, como se puede ver en el lugar alegado.

3 Otros muchos Doctores tienen por mas probable, que Gerimundo en nuestro caso, debe restituir otra vez los cien pesos, que le hurto à Nicostrato. Así los citados Ligorio, Palao, y Giribaldo *num.* 21. los Salmaticenses *cap.* 1. *pun.* 9. *num.* 188. con Lugo *disp.* 21. *sect.* 5. *num.* 59. Trullench *lib.* 7. *cap.* 14. *dub.* 11. *num.* 11. Gaspar Hurtado, y Rosignolo. Y nuestro Sabino *tr.* 35. *num.* 71. *pag.* 368. cita, y sigue por esta opinion à Navarro, Pedro Navarra, Toledo, y Lessio, con Sporer *tom.* 2. *tr.* 4. *n.* 15. y Bordono *Decis. Miscel. decis.* 12. y con su doctrina, la corrobora en el *tr.* 68. *num.* 57. *pag.* 235. Es tambien de Holzman *de Restit. caso* 10. *num.* 548. *pag.* 608. con Elbel, y otros à cada passo, con el Señor San Antonino de Florencia *part.* 2. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 1. donde dice: *Caveat etiam diligenter, quod cum per alium facit, ita faciat cautè, quod is recipiat, cui debetur, & non ille sibi retineat, quia non esset propter hoc liberatus.* La razon de esta opinion es, porque el dominio de la cosa, que por medio del Confessor, ò de otra persona fiel, restituye el Ladron al que la hurtó, permanece en el Ladron, hasta que llegue à su Dueño, pues antes que llegue à sus manos, puede el Ladron pedirla otra vez al Confessor, ò Internuncio, por quien se la embia: luego en caso que perezca, no debe perecer para el Dueño, sino para el Ladron. Fuera de que, este por razon del delito, ó injusta accepcion, debe reparar eficazmente, ò con efecto, el daño, y la injuria, que le hizo al Dueño, hasta igualar

lar el caudal, que le menoscabó. A mas de esto, si permaneciendo la cosa hurtada en poder de Gerimundo, otro Ladron se la hurtasse, ó perecieffe, sin duda quedaba Gerimundo obligado à restituir, y igualar el caudal, que le menoscabò à Nicostrato: luego lo mismo se ha de decir quando lo que restituye perece en poder del Confessor, ò de otra persona, por quien se la embia. Pues el Possedor de mala fè debe restituir, aun en caso, que la cosa hurtada perefca por contingencia.

4 Ni vale decir, que el Ladron restituyendo por medio del Confessor, ò de otro fiel Internuncio, hizo todo lo que pudo. Pues aunque hizo todo lo que pudo, para evitar nuevo pecado de ser retenedor injusto, no hizo todo lo que pudo, para extinguir la obligacion de restituir. Ni el peligro de la infamia, en que Gerimundo, ò otro Ladron puede incurrir, si restituye personalmente, lo desobliga de hacer nueva restitucion, hasta reparar la injuria, y daño, que le hizo á Nicostrato: pues aunque del dicho peligro se puede prudentemente inferir, que el Dueño viene bien en que se le haga la restitucion por medio del Confessor, ò de otra persona fiel, esto se debe entender tomando el Ladron en sí el peligro de la cosa, hasta que entre en la posesion del Dueño, à quien la remite. Pues aunque es verdad, que el Ladron no està obligado à infamarse, tambien es verdad, que el Dueño tiene derecho cierto à lo que el le quitó injustamente, y à que le intégre los bienes, que le menoscabó con injuria. Estos son, entre otros, los fundamentos de esta segunda opinion, que en el caso que Gerimundo pueda sin detrimento hacer segunda restitucion, seguiria yo ciertamente: aunque si Nicostrato fuera hombre acomodado, y Gerimundo fuesse de muy inferiores facultades, tampoco escrupulizaría en conformarme con la primera.

5 Mas es aqui de advertir, que hay mucha diferencia entre el que debe restituir por razon de delito, como el Ladron, y el que debe restituir por otro titulo, como por deposito, pignorato, commodato, ò *ex mera re accepta*, ò por encargo, como el que recibe de un Ladron un Caballo, ò otra cosa, para entre-

242

garia à su Dueño. Pues en estos casos, si la persona tenida por fiel, por cuya mano se remite, la usurpasse; ò la cosa por otra causa perciesse, sin culpa del que la remite, este no queda obligado à restituir. Y la razon es manifesta, porque la cosa así en individuo, y especie determinada, perece para su Dueño, que es el que tiene dominio en ella, como nota Sabino *tr. 35. num. 72.* y Giribaldo *cap. 5. dub. 3. num. 23.* Pero si la cosa, que se embia à otro por Internuncio, se le debe por razon de mutuo, ò de otro contrato, que transfiere dominio, y el Internuncio no fuere deputado por el Dueño, à quien se le embia, en tal caso si perece, ó el Internuncio la usurpa, perece para el Deudor, que la embia; pues mientras no llega à manos de su Dueño, permanece en dominio del Deudor, como à mas de Sabino, nota Giribaldo en los lugares citados, y alega à Lugo, Trullen h, Gaspar Hurtado, Tamburino, y los Salmaticenses *cap. 1. pun. 9. num. 191.* donde citan à Palao, Layman, y otros. Vease lo dicho en la Vigilia 5. Caso 4.

6 Algunos dicen, que el que embia à otro lo que le debe, sea dinero, trigo, Ovejas, ò Bueyes, ò otra deuda en genero, como dicen los Juristas, ò en especie, segun dicen los Theologos, por medio de algun Famulo, ò Criado del Acreedor, y perece en poder del Internuncio domestico, no queda yà obligado à restituir; porq̄ el domestico hace las veces del Dueño, y representa la persona de su Amo. Pero quando la cosa, que así se remite al Dueño Acreedor, transfirió dominio, y este lo tiene el que la embia por el domestico Internuncio, no parece se debe conceder, ni lo conceden los citados Salmaticenses, sino en el caso, que el Dueño Acreedor huviere designado el Internuncio, segun se dixo arriba, ò le huviere permitido al Deudor, que eligiesse él el Sugeto, por cuya conducta se la embió, y perció. Ni aun en este caso queda desobligado el Deudor, si por alguna culpa suya perció la cosa en manos del domestico Internuncio. Veanse los Salmaticenses en el Punto citado

num. 191. in fin.

CASO 3:

Se resuelve, que el que en cumplimiento de un voto que hizo, embia con persona fiel una alhaja, no queda obligado à mas, aunque perezca.

I D. **T**Ranquilino hizo voto de embiar un Caliz à nuestra Señora de San Juan, como en efecto lo embió por medio de una persona, que èl la tuvo por fiel. Despues supo, que el Caliz no llegó al Templo de la Santissima Virgen, ò porque robaron al Internuncio, ò porque este se huyó con èl; y pregunta, si està obligado à remitir otro?

M. Respondo, q̄ no: y es la razon, porque Tranquilino yà por su parte cumplió el voto, y Dios nuestro Señor se lo acceptò. Ni es de crer, que Tranquilino se quiso obligar à mas. Así Tancredo, Diana, Tamburino, y Antonio del Espiritu Santo, citados, y seguidos de Giribaldo de Restit. cap. 5. dub. 3. num. 24. y Sabino tr. 35. num. 75. con Bonacina, y Sporer tom. 2. tr. 4. cap. 4. num. 13. Ni el Internuncio, si lo robaron, ò perdiò el Caliz inculpablemente, queda tampoco obligado à dár otro, ò el dinero equivalente, como nota el citado Giribaldo, y es comun. Pero el Ladron, que se lo robó, queda obligado à restituir por justicia, y religion, como con Sporer, y otros observa Sabino.

CASO 4.

Se examina, si el que no puede restituir sin infamarse, satisface dando al Acreedor lo que le debia restituir.

I D. **C**Astolo en el tiempo que sirvió à un Caballero, ò tuvo trato con èl, le hurtò ocultamente cinquenta doblones. Pero porque se tienen por buenos Amigos, y sospecha fundadamente, que restituyendo por oculta mano, venga en conocimiento de su infidelidad, y pierda para con èl la amistad, y la fama; toma por arbitrio mas oportuno para la cautela, el hacerle un regalo, que importa la cantidad referida, en tiempo que el Caballero està para casarse, para que assi, del mejor modo que puede, atendidas las circunstancias presentes, le resti-

244

tura lo que le debe. Se pregunta, si Castolo haciendo el dicho obsequio al Caballero su Amo, ò Amigo, queda escusado de restituirle los cinquenta doblones, que ocultamente le hurtò?

M. Respondo, que sí; y es la razon, porque así como el peligro de perder la fama es causa proporcionada, y justa, no solo para diferir la restitucion, sino tambien para omitirla; pues de ninguno se debe presumir, que razonablemente quiera, que le restituyan los bienes temporales con detrimento de los bienes de superior orden del Deudor: así tambien puede serlo en el caso puesto, para que Castolo restituya del modo dicho: no obstante, que si no cócurriera la dicha circunstancia, el tal modo fuera de sí ilícito, y inepto. Fuera de que muchas cosas hace licitas la necesidad, que si no interviniera necesidad, no lo fueran. A lo qual se agrega, q̄ Castolo en las circunstancias expuestas, no hallò mejor arbitrio para restituir: y por lo mismo, el Caballero Dueño Acreedor se debe presumir por contento, de que se le restituya del modo dicho.

2 *D.* Castolo tiene por muy verosimil, que el Caballero Acreedor su Amigo, en ocasion semejante le hará igual regalo, que no le hiciera, si entendiera, que el que Castolo le hace, es por restitucion: luego reportará lucro por un dón fingido, y esto es ilícito, y injusto.

M. Respondo, que el regalo, que Castolo verosimilmente espera, aun es incierto. Y dado caso, que por el tiempo se verifique, provendrá de sola la liberalidad del Caballero Acreedor; pues suponemos, que Castolo, ni positivamente lo induxo à la redonacion, ni lo obligò à ella, ni tuvo tal animo. Y así no se debe tener por causa directa, ni indirecta del regalo, si este se verifica: y solo se puede decir, que con el suyo, diò ocasion al Caballero, para que le corresponda. Así Sporer tom. 2. tr. 4. cap. 4. n. 5. citado, y seguido de Sabino tr. 35. num. 69. pag. 368. donde advierte, que como el dár no es restituir, de ningun modo es licito el restituir de esta manera, sino intervinere verdaderamente causa justa, y proporcionada, como en el presente Caso.

CA-

CASO 5.

Se resuelve quando el Confessor, que no obliga a restituir, queda obligado à la restitucion.

1 D. **G**umerfindo solapado Usurero, y Ladron, se confieffa con Solano, con bastante expression de sus usuras, y hurtos; pero este no lo obliga à restituir. Se pregunta, como debe Solano emmendar este defecto cometido en la Confession de Gumerfindo: y si no emmendandolo, queda este Confessor obligado à restituir?

M. Respondo, que quando el yerro del Confessor, en la administracion del Santo Sacramento de la Penitencia, es con daño de tercero, no obligando al q̄ debe restituir à que haga la restitucion, todos convienen en que debe avisar al Penitente, y reparar el defecto cometido, del mejor modo que pueda. Y la razon es, porque de lo contrario, fuera causa del daño del proximo. Pero porque Solano, en nuestro caso, pudo haver errado inculpablemente, ó culpablemente; y aun haviendo errado culpablemente, pudo haver errado no obligando, ni desobligando positivamente à Gumerfindo de restituir, ò detobligandolo positivamente de la restitucion, diciendole con malicia, y con culpa, que no estaba obligado à ella; se ha de proceder para la resolucion con la distincion siguiente. Si omitió inculpablemente, por inadvertencia, ò por ignorancia, el obligarlo à restituir, ò lo omitió culpablemente por negligencia, ò por malicia, sin desobligarlo positivamente de restituir, es bastantemente probable, que en este caso, sea Confessor proprio, ò sea delegado, no queda obligado à restituir, en defecto del Penitente. Y es la razon, porque omitiendo Solano el amonestar à Gumerfindo, y el exhortarlo à que restituya, no pecó contra justicia, sino contra charidad, y contra la Religion, ò recta administracion del Santo Sacramento de la Penitencia. Ni el Confessor por su officio está obligado à procurar la utilidad temporal de los proximos, y que el derecho temporal de cada uno quede ileso, como lo está el Juez, y Gobernador temporal: sino que solo está obligado à procurar el bien

246

bien espiritual de su Penitente, y contra esta obligacion peca omitiendo el amonestarle que restituya; pero no peca contra la justicia debida à otro: y assi no queda por dicha negativa omission obligalo à restituir, sea Confessor proprio, ò sea delegado; pues de ambos corre la misma razon. Assi Suarez, Lugo, Coninch, Bonacina, Diana, Lessio, Sanchez, Maldero, Aversa, y otros, que cita, y sigue Giribaldo *de Pœnit. cap. 17. dub. 7. num. 43.* Y lo mismo se ha de decir quando el Confessor con buena fé, ò sin culpa grave, falsamente le dixo al Penitente, que no està obligado à restituir. Pues à lo que queda obligado tambien en este caso, es à avisar al Penitente, pidiendo antes licencia para hablar de lo tratado en la Confesion, si el Penitente no buelve à èl por nueva Confesion, y decirle su obligacion. Y si no lo pudiere avisar, ò quando lo avisa, yà el Penitente està insolvente, no debe el Confessor restituir; pues tampoco pecó contra justicia. Al modo que, el que sin culpa dió ocasion à un incendio, debe, si puede, apagarlo: pero si no pudiere, no queda obligado á refarcir el daño, como con Suarez, Feliu, Bonacina, Maldero, Diana, y Leandro, dice el citado Giribaldo *num. 45.*

2. Pero si Solano con culpa grave, ò maliciosamente le dixo à Gumerfindo, que no debia restituir, y Gumerfindo despues no restituye, debe Solano, y todo Confessor, restituir en este caso, de sus propios. Y es la razon, porque Solano con su consejo fue causa positiva del daño, y con acto positivo pecó contra justicia: no menos que qualquiera otro, que con su consejo, y positivo influxo, impidiese la restitucion de Gumerfindo. Lo mismo dice Busenbaum estendiendo esta doctrina, con otros que alega; à los casos en que el Confessor errasse por ignorancia crassa, y culpa lata. Vease Ligorio *de Restit. cap. 2. dub. 2. num. 578.* Bien, que si amonestado Gumerfindo despues por Solano, no quisiere restituir, pudiendo hacer la restitucion, queda libre Solano de dicha carga. Y es la razon, porque habiendo yà removido toda la causa, que dió para impedir la restitucion, retratando su consejo, y su doctrina, yà no se debe

be presumir, que Gumerfindo se mueve para no restituir, por influxo, y authoridad de Solano, sino por su perversa, y depravada malicia, como nota el citado Giribaldo *num. 44.* y es conforme á lo dicho en la Vigilia 8. Caso 3.

3 Por la misma razon se debe entender tambien, que si Solano con malicia, y culpa grave, obligasse à Gumerfindo à restituir lo que no debe, y despues Gumerfindo yà no puede recuperarlo, queda obligado Solano à restituirle de sus propios, lo defraudado por su malicia, y culpa. Porque por su injusta accion, fue causa positiva de su daño. Pero si con buena fe, y sin culpa grave, le aconsejasse que distribuyesse en obras pias, y limosnas, alguna cosa, ô dinero hallado, que tenia Dueño cierto, à quien de derecho se le debia; en este caso, ni Solano, ni Gumerfindo quedarían obligados à restituirla al Dueño. Y es la razon, porque donde no hay culpa, no hay pena: y suponemos, que ni uno, ni otro tienen culpa en la distribucion piadosa, que se hizo. Ni el Dueño, en este caso, se debe tener por disgustado con prudencia, por haverse distribuido lo que era suyo, sin culpa, y con innocente error de quien lo distribuyó, en obras de misericordia: las quales ciertamente aceptó Dios nuestro Señor en utilidad, y comodidad del Dueño, aunque el Penitente, ô el Confessor no se las aplicassen, como advierte Sabino *tr. 35. num. 76 pag. 369.*

✽(O. S. C. S. M. E. C. A. R.)✽



INDICE de los principales assumptos.

Parte 1. De las utilidades de la buena Confesion. pag. 1. De la Bondad del Confesor. pag. 4. De la Ciencia, que debe tener. pag. 9. De su Prudencia en el uso de las Opiniones. pag. 16. 21. y 27. Del uso licito de las Opiniones Probables. pag. 29. 35. y 43. En que casos no se pueden seguir. pag. 55. y 63. Si son licitas las Comedias. pag. 73.

Parte 2. De la malicia de la Usura, y que por el lucro cessante, y daño emergente se puede reportar interés en el Mutuo. pag. 83. Tambien por el peligro de perder el principal. pag. 93. Si por vender al fiado se puede llevar mas precio. pag. 99. Si se puede por ser la cosa util al Vendedor. pag. 107. Si por ser util al Comprador. *allí*. Si por la obligacion de no pedir el principal hasta pasado largo tiempo es licito reportar interés. pag. 109. De la obligacion de mutuar gratis, y de la Limosna. pag. 116. Si es licito recibir interés por gratitud del Mutuario pag. 123. Si el mutuar con dicha intencion, sin pacto, es usura pag. 127. Como debe el Amo cargar los generos, que dá al Criado en cuenta del salario. pag. 129. Si el Mercader, ó Mutuante se puede quedar con la prenda empeñada. pag. 131. Si es licito minorar el pezo alguna vez. pag. 136. Si se puede mercar por menos por adelantar la paga. pag. 140. De la Retroventa. pag. 146. De los que mercan, y venden con noticia privada de que los generos han de baxar, ó subir. pag. 150. De los Monopolistas. pag. 153. De los que mezclan agua en el vino. pag. 157. De los que vician mercaderías. pag. 150. De los que pezan en papel las especias finas que venden. pag. 164. De los Dueños de Obraje, y Sirvientes. pag. 165. 172. 174. y 175. De los Vendidos á los Obrajes. pag. 179. De los Juezes que compelen á que se les cobre el tributo, sin estipendio. pag. 182. Del Contrato trino, y del que el Vulgo llama, Arrendamiento de Bueyes. pag. 184. Del trato de Compañia. *allí*, y pag. 191. y 193. De la obligacion del Commodatario. pag. 195. De los Cambios. pag. 197. y 198. De la obligacion de restituir quando la cosa agena se posee en mala, ó dudosa-fé. pag. 199. Del Posseedor de buena fé. pag. 205. Si el que merca una cosa hurtada en buena fé, puede rescindir el contrato. pag. 209. Si debe dár noticia al Dueño que la busca. pag. 212. Si debe restituir los frutos, que de ella percibió *allí*. De los Guardas de Garitas, Criados, y Conducidos. pag. 214. Si las Gabelas deben pagarse aunque no se pidan. pag. 219. De los Guardas que se esconden para coger á los Contrabandistas. pag. 220. Si debe restituir el que puede impedir el hurto, y lo permite. pag. 223. Del que no descubre al Ladrón por el dinero que le dá. pag. 225. Del que aconseja, ó manda el hurto, y se retrata antes que se cometa. pag. 226. Del que duda si por su consejo, ó mandato se executó el hurto. pag. 231. Del que coopera, ó hereda al Usurero, y del Confessor que no lo obliga á restituir. pag. 233. Del que restituye por medio del Confessor, ó de otra Persona, y la cosa perece. pag. 238. Del que cumple un voto del mismo modo. pag. 243. Del que por no infamarse hace dadiva de lo que debe restituir. *allí*. Quando debe restituir el Confessor. pag. 245.

FIN.